

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO  
PROCESSUAL**

**EDUARDO CASSEB LOIS**

**A AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS TRIBUTÁRIOS**

**VITÓRIA  
2017**

EDUARDO CASSEB LOIS

## **A AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS TRIBUTÁRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias

**VITÓRIA**

**2017**

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP) (Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

---

L835a      Lois, Eduardo Casseb, 1979-  
            A autocomposição em processos tributários / Eduardo  
            Casseb Lois. – 2017.  
            107 f.

            Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias.  
            Coorientador: Claudio Penedo Madureira.  
            Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade  
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e  
Econômicas.

            1. Processo civil. 2. Direito administrativo. 3. Legalidade (Direito).  
4. Interesse público. I. Dias, Ricardo Gueiros Bernardes. II.  
Madureira, Claudio Penedo, 1973-. III. Universidade Federal do  
Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. IV.  
Título.

CDU: 340

---

**EDUARDO CASSEB LOIS**

## **A AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS TRIBUTÁRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

### **COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes  
Dias  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador**

---

**Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Co-Orientador**

---

**Prof. Dr. Osly da Silva Ferreira Neto  
Professor Externo**

*A tarefa não é tanto ver aquilo que  
ninguém viu, mas pensar o que ninguém  
ainda pensou sobre aquilo que todo  
mundo vê.*

*(Arthur Schopenhauer)*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu a graça da vida e todos os dias se mostra presente;  
Aos meus pais por todo o apoio e dedicação que nunca deixaram faltar;  
Aos meus irmãos pela força e exemplo de comprometimento e dedicação,  
Ao meu orientador; Prof. Ricardo Gueiros, pela oportunidade e apoio;  
Ao Prof. Claudio Madureira, pela atenção e disponibilidade sempre oferecida;  
A todos os amigos que generosamente colaboraram com esse trabalho, cedendo seu precioso tempo para enriquecer o seu conteúdo;  
Ao PPGDIR/UFES por me proporcionar essa experiência e evolução.

## RESUMO

O trabalho se propõe a abordar a problemática da realização de acordos pela Administração Pública nos processos tributários. Para tanto, inicialmente, faz-se a análise da evolução do conceito de legalidade. Nesse passo, será abordado o impacto do novo Código de Processo Civil que, ao adotar o sistema multiportas, acaba por positivar uma mudança de paradigma na resolução de conflitos, demonstrando a necessidade de redução da litigiosidade, com incentivo à autocomposição. Assim, pretende-se demonstrar a evolução do conceito de interesse público e enfrentar a problemática acerca de sua indisponibilidade, o que em tese, poderia dificultar a realização destes acordos. Examina-se, assim, os mecanismos disponíveis para se promover a disposição de interesses e direitos, especificamente analisando os institutos da transação e composição, notadamente no âmbito do Direito Tributário. Essa análise busca, após a constatação da ausência de efetividade do atual modelo, demonstrar que é imperiosa a aplicação dos mencionados institutos de autocomposição como ferramentas de concretização dos princípios da pacificação social, da supremacia do interesse público e da legalidade. Soma-se a isso, a expressa adoção pelo Código Processual Civil, da teoria dos precedentes judiciais, cujo dever de observância restou positivado com a finalidade de conferir integridade, coerência e estabilidade ao ordenamento. Ao final, traz-se a conclusão de que a celebração de acordos por meio dos institutos da composição e da transação em matéria tributária devem ser aprimorados, com a superação de antigos entraves e adoção da principiologia autocompositiva do CPC. O primeiro, por meio de legislação específica e o segundo, por meio de uma mudança de postura da Administração Pública, eis que a esta é vedado litigar em desconformidade com o ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Direito Administrativo. Direito Tributário. Advocacia Pública. Legalidade. Interesse Público. Transação. Composição.

## **ABSTRACT**

The work proposes to approach, initially, the evolution of the concept of legality. Based upon this, it discusses the flexible nature of the application of the Law, in the contemporary era and the need to build uniformed legal interpretations, assessing the importance of Public Advocacy assignments: legal consulting, judicial and extrajudicial proceedings, as well as legal internal control of the administrative acting. At this point, it addresses the impact of the new Civil Procedure Code, which adopted the “multidoors system” and normatized a paradigm change in the resolution of conflicts, demonstrating the need to reduce litigation and encourage self-composition. Therefore, it demonstrates the evolution of the concept of public interest and faces the problem of its indisponibility. Thus, it is necessary to examine the available methods to public lawyers to promote the referred disposition of rights and interests, specifically analyzing the institutes of transaction and composition, specifically in the Tax Law. This evaluation aims at searching, after the confirmation of the lack of effectiveness of the current model, to demonstrate that the application of the referred institutes of self-composition as tools of the concretion of the principles of social pacification, supremacy of public interest and legality is imperious. Furthermore, there is the express adoption, by the Civil Procedure Code, of the stare decisis (precedents) theory, whose duty to observe was legally enacted with the goal to guarantee integrity, coherence and stability of the legal system. In the end, it brings the conclusion that the institutes of composition and transaction in Tax Law must be improved. The first by specific legislation and the second through an attitude change in the Public Administration, which is prohibited to litigate in nonconformity with the legal system.

**Key words:** Civil Procedure Law. Administrative Law. Tax Law. Public Advocacy. Legality. Public Interest. Transaction. Composition.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O NECESSÁRIO PONTO DE PARTIDA</b> .....	14
1.1 LEGALIDADE E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	19
1.2 LEGALIDADE E LEGALIDADE TRIBUTÁRIA.....	20
1.3 LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE TRIBUTÁRIA: COMPATIBILIZAÇÃO DOS REGIMES PARA A DISPOSIÇÃO SOBRE DIREITOS E INTERESSES.....	21
<b>2. NOTAS SOBRE O MODO COMO AS DECISÕES JURÍDICAS SÃO ADOTADAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA</b> .....	23
2.1 O ÍNTIMO RELACIONAMENTO ENTRE A APLICAÇÃO DO DIREITO E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	23
2.2 O CARÁTER FLEXÍVEL DA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ERA CONTEMPORÂNEA E A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS UNIFORMIZADORAS.....	24
2.3 O DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DOS POSICIONAMENTOS JURÍDICOS DA ADVOCACIA PÚBLICA.....	27
<b>3. A ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA</b> .....	32
3.1 A ADVOCACIA PÚBLICA E SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS.....	32
3.1.1 Consultoria Jurídica .....	34
3.1.2 Contencioso Judicial.....	37
3.1.3 Controle de Juridicidade.....	38
3.2. AUTONOMIA (OU INDEPENDÊNCIA) TÉCNICA.....	39
3.3 A INDEPENDÊNCIA TÉCNICA DA ADVOCACIA PÚBLICA.....	41
<b>4 MECANISMOS DISPONÍVEIS AOS INTERPRÉTES PARA PROMOVER A DISPOSIÇÃO SOBRE DIREITOS E INTERESSES DEDUZIDOS EM JUÍZO PELO PODER PÚBLICO</b> .....	47
4.1 UMA BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO.....	47
4.1.1 Comentários acerca da supremacia e indisponibilidade.....	51
4.1.2 A suposta inegociabilidade do interesse público.....	55

4.2 DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA E AUTORIZAÇÃO PARA RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.....	59
4.2.1 Autorização para desistência de ações propostas e/ou para a renúncia do direito que se funda o litígio.....	60
4.2.2 Dispensa de apresentação de recursos e autorização para desistência de recursos interpostos.....	61
4.2.3 Opção pela conciliação.....	62
4.2.4 Transação VS. Composição do litígio.....	63
4.2.5 Trâmites necessários à disposição.....	64
5 SOBRE A POSSIBILIDADE TEÓRICA DA DISPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A TRANSAÇÃO E A COMPOSIÇÃO.....	66
5.1 DISPOSIÇÃO NA TRANSAÇÃO (ART. 171, CTN).....	68
5.2 DISPOSIÇÃO NA COMPOSIÇÃO.....	74
5.2.1 Fundamento constitucional da disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública.....	77
5.2.2 Necessidade de adoção de mecanismos que permitam a antecipação da resolução de conflitos virtualmente perdidos em matéria tributária.....	79
5.3 O IMPERATIVO DA FORMALIZAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA PELA TRANSAÇÃO E PELA COMPOSIÇÃO.....	80
5.4 A TEORIA DOS PRECEDENTES COMO MARCO TEÓRICO PARA A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS PELA AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO.....	82
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
7 REFERÊNCIAS .....	101
GLOSSÁRIO	

## INTRODUÇÃO

Desde o início, o Código de Processo Civil de 2015 deixa clara a intenção do legislador no sentido de que todo o estudo do processo deverá ter sempre como referência a Constituição Federal de 1988 e, não por outra razão, logo em seu primeiro artigo estabelece que *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*<sup>1</sup>.

Neste passo, da leitura dos primeiros artigos do estatuto processual salta aos olhos o modelo constitucional do processo, sendo que o art. 3º, §2º<sup>2</sup>, traz o dever do Estado de promover a solução consensual dos conflitos, sempre que possível. Na mesma linha, o §3º do mesmo art. 3º, é expresso ao afirmar que *a conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*. Esses dispositivos indicam que o CPC adotou a autocomposição, fazendo-o de forma explícita, já em seu primeiro capítulo, ao prescrever suas regras fundamentais.

Portanto, na busca pela concretização dos postulados estabelecidos em nossa Constituição, o legislador trouxe uma série de possibilidades àqueles que litigam, para a resolução de seus conflitos. Desta feita, a palavra final a ser dada pelo Judiciário, em substituição à vontade das partes, passa a não ser mais a única (ou a principal) saída aos litigantes. Fala-se em um sistema multiportas que coloca a disposição dos litigantes outros métodos para a resolução dos litígios.

---

<sup>1</sup> Art. 1º, CPC/15: “Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

<sup>2</sup> Art. 3º, § 2º, CPC/15: “§ 2º - O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Por esse sistema (Multidoor Courthouse System)<sup>3</sup> tem-se a disposição alguns meios complementares de resolução de litígio, que, a depender do caso apresentado, busca-se a solução mais adequada ao litígio. Sua gênese surgiu após uma conferência em 1976<sup>4</sup>, onde seu idealizador, o professor de Harvard, Frank Sander, analisando a insuficiência do judiciário na resolução de todos os litígios que lhe são submetidos, pensou nos diversos métodos, ou possibilidades (portas) para a resolução, privilegiando o melhor método, averiguando o seu aprimoramento desde então.

No entanto, ao analisarmos este sistema multiportas introduzido no CPC/15 (art. 3º, §2º<sup>5</sup>, 174<sup>6</sup> e 334<sup>7</sup> do CPC/15), salta aos olhos alguns dos principais fundamentos destes institutos: a autonomia da vontade e a possibilidade de disposição de direitos e interesses para a resolução do conflito. Neste ponto talvez resida a principal resistência à aplicação deles à administração pública, mais especificamente, ao direito tributário.

Isso, pois, se ao particular é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, ao poder público só é possível realizar aquilo que ela determina. Por esta razão, afirma-

---

<sup>3</sup> O Sistema de Múltiplas Portas (Multidoor Courthouse System) pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou “portas”, a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos. Tal sistema é amplamente utilizado nos Estados Unidos, especialmente em Estados como Flórida, Washington e Nova York. A ideia de se criar um mecanismo tal como o Sistema de Multiportas surgiu a partir de uma conferência (Pound Conference), realizada em 1976 que discutiu acerca da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com justiça. Foi apresentada pelo professor da faculdade de Direito de Harvard Frank Sander e, a partir daí, tem se aprimorado e, atendendo a demanda da complexidade dos conflitos, vem apresentando novos métodos (ou portas) ao passo que novas formas de conflitos surgem. (SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. Disponível em: [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/16\\_Dout\\_Nacional\\_7.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf). Acesso em: 26 jun.2016)

<sup>4</sup> *Pound conference* ocorreu em Washington, no ano de 1976. Cf. in MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: O processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2017, p. 88.

<sup>5</sup> Art. 3º, § 2º, CPC/15: “§ 2º - O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

<sup>6</sup> Art. 174, CPC/15: “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

<sup>7</sup> Art. 334, CPC/15: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

se que “administrar é aplicar a lei de ofício”<sup>8</sup>, já que o administrador só poderá agir quando assim a lei determinar. Nesse passo, enquanto para o particular existe a liberdade para dispor sobre seus direitos e interesses, como decorrência da autonomia da vontade, na Administração Pública, por não existir a referida autonomia e liberdade de disposição, tais atos só poderão ser adotados quando existir autorização legislativa.

Entretanto, conforme será visto, o próprio conceito de legalidade, especialmente a legalidade administrativa, vem evoluindo, podendo ser considerado nos dias atuais como não contrariedade ao ordenamento jurídico, o que acaba aproximando-o do conceito de juridicidade.

Com isso, buscaremos, no decorrer do trabalho, abordar o conceito de legalidade no direito administrativo e no direito tributário, bem como o papel precípua da advocacia pública de auxílio, orientação e interpretação do ordenamento jurídico. Ultrapassadas essas questões, avançaremos para a análise da mecânica da disposição de direitos e interesses pela administração pública, fazendo, por fim, o exame sistema de precedentes introduzido pelo CPC/15 enfrentando a questão principal que consiste na possibilidade de transação e composição, em matéria tributária utilizando do precedente como fonte normativa.

A questão da possibilidade de acordos pelos servidores públicos, gravita sempre em torno da questão da liberdade de decisão dada ao agente e a vinculação à lei. Culturalmente, parece-nos existir um grande nível de desconfiança, que muitas vezes engessa o administrador com os rigores da lei. No entanto, conforme será visto, os números mostram que o atual modelo acaba sobrecarregando o judiciário e não obtém um resultado efetivo e satisfatório.

Dessa forma, utiliza-se a evolução do conceito da legalidade, em conjunto com as inovações trazidas pelo CPC para demonstrar a necessidade de suavizarmos essa “curvatura da vara”<sup>9</sup> – frase usada por Lênin quando disse que quando a vara está torta é preciso, para endireitá-la, puxar para o lado oposto.

---

<sup>8</sup> FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.4-5.

<sup>9</sup> De acordo com Althusser, [...] foi enunciada por Lênin ao ser criticado por assumir posições extremistas e radicais. Lênin responde o seguinte: "quando a vara está torta, ela fica curva de um

Para tanto, se faz necessário debruçarmo-nos sobre o conceito de interesse público e a sua transacionabilidade como forma de prestigiar a sua supremacia. Com o foco no direito tributário, analisaremos a possibilidade de aplicação de institutos de autocomposição, especificamente a composição e a transação.

Assim, em que pese poder se vislumbrar um aparente conflito entre o instituto da transação tributária e o art. 3º do Código Tributário Nacional<sup>10</sup>, tendo em vista tratar-se atividade plenamente vinculada, buscaremos apontar que tais institutos, desde que aprimorados, são necessários para a efetivação do interesse público.

Na busca por respostas, desenvolveremos o estudo dentro da linha de pesquisa “conciliação como meio alternativo para a resolução de controvérsias jurídicas envolvendo a fazenda pública, bem como a fazenda pública em juízo” do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da UFES -PPGDIR/UFES.

---

lado e se você quiser endireitá-la, não basta colocá-la na posição correta. É preciso curvá-la para o lado oposto". (Apud: SAVIANI, Demerval. Escola e Democracia. 33. ed. Campinas: Autores Associados, 2000.p. 37)

<sup>10</sup> Art. 3º, CTN: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

## 1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O NECESSÁRIO PONTO DE PARTIDA

A pretensão de se estabelecer regras que dessem solidez à segurança dos indivíduos fez emergir o escudo que pudesse protegê-los de eventuais arbitrariedades perpetradas pelo Estado. Trata-se do mandamento nuclear do sistema que, como viga mestra, alicerça-o, tornando-o lógico e racional. Suas origens remontam ao século XIII, com a Magna Carta de João Sem Terra<sup>11</sup>, que trouxe, dentre as suas regras, a necessidade de submissão do monarca ao império da Lei.

A Constituição Federal de 1988 assevera, em seu art. 5º, inciso II, que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”*<sup>12</sup>. Portanto, temos a lei como fonte fundamental do direito, sendo esse o seu modo constitutivo principal.

Constatou-se, no entanto, um excessivo apego à lei. Com o Iluminismo, tivemos a era dos Códigos. O homem era visto como um ser hipersuficiente, capaz de prever e legislar sobre todas as matérias. Havia a ideia de completude do ordenamento, que posteriormente revelou-se falha. Operou-se, contudo, a erosão do direito positivo. Segundo Hermes Zaneti Jr.<sup>13</sup>, tal fato se deu por dois processos:

Podem-se identificar dois processos de fragilização do sistema fechado e codificado característico do racionalismo de corte romano-germânico (civil law), fundado na aplicação do método dedutivo lógico-formal e apriorístico a partir da fonte primária da legislação: a) fragilização virtuosa decorrente da abertura do sistema fechado, em razão da evolução do direito positivo e da sua flagrante insuficiência para coibir as lacunas hermenêuticas; b) fragilização não virtuosa, decorrente da relativização do inteiro ordenamento jurídico.

<sup>11</sup> Magna Carta de João Sem Terra ou Magna Chartum libertatum é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo, assim, o exercício do poder absoluto. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do Rei estaria sujeita à lei. Por esta razão o art. 39 do referido diploma estabelecia que: “Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País”. (fonte: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: 23jun.2016.).

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>13</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 99.

Nesse cenário, surge o movimento que pregava a supremacia dos direitos fundamentais, fundados na Constituição Federal, a qual todo o ordenamento deveria se submeter. O ponto de partida da sua observância passa a ser a Constituição. Evolui-se no entendimento de que a legalidade só estará sendo observada se o ato normativo estiver em simetria com o texto constitucional.

Supera-se, assim, o modelo de aplicação do método dedutivo lógico formal em que se verificava uma veneração à lei e mitigação dos poderes de interpretação do julgador. Adota-se o modelo de Estado Constitucional.

Ao explicar o modelo de Estado Constitucional, Hermes Zaneti Jr<sup>14</sup> esclarece ser aquele marcado pela subordinação da legislação às previsões constitucionais, por meio da construção de uma constituição rígida e do controle de constitucionalidade. O ordenamento jurídico, assim, assumiria um caráter nomodinâmico em relação à artificialidade e à produção de normas pelo legislativo. Dessa forma, se garante uma discricionariedade ao legislador, que decorre de sua legitimação pela sociedade, e, ao mesmo tempo, o vincula a um caráter nomostático dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal. Assim, a validade do ordenamento jurídico está vinculada aos parâmetros formais e materiais nele estabelecidos, limitando a discricionariedade concedida ao legislador.

Por essa razão, a legalidade não se satisfaz com mera adequação formal, ou seja, não basta a observância da competência e do procedimento estabelecido para que esta seja observada. A lei deve seguir os trâmites legais para a sua criação, bem como ser compatível com a Lei Maior, sendo este o aspecto material do princípio em comento. Vê-se, assim, que as leis hierarquicamente inferiores devem sempre obediência à Constituição.

Isso porque o raciocínio meramente subsuntivo, acabava por categorizar as situações jurídicas subjetivas de maneira rígida, engessando-as, tendo esse caminho se mostrado como um método interpretativo que já se encontrava em franco declínio. O raciocínio jurídico não pode ser tão simples quanto à subsunção

---

<sup>14</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 91/92.



de standards pré-estabelecidos, já que a vida é muito mais complexa do que o direito pode prever. “A superação do formalismo e do conceitualismo da hermenêutica pressupõe que a teoria da interpretação seja apresentada não *sub specie aeternitatis*, mas de forma histórica e relativa”<sup>15</sup>.

Por óbvio não se pretende, aqui, relativizar o papel da lógica jurídica, nem do positivismo, fundamentais na evolução de nossa cultura jurídica. Contudo, é imperioso destacar que essa linha de pensamento não é absoluta, sendo crescente a importância conferida às teorias de argumentação e interpretação baseadas em uma lógica dialética, nas quais o discurso e a fundamentação são peças-chave<sup>16</sup>.

Nesse trilha, tendo como norte as lições de Pietro Perlingieri acerca do surgimento do constitucionalismo moderno e a introdução da legalidade constitucional depreende-se que a metodologia da interpretação deve seguir alguns parâmetros, dentre os quais se destaca a impossibilidade de manter separadas a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais. Segundo o autor, o parâmetro sistemático exige que o ordenamento seja interpretado na sua unidade, enquanto o parâmetro axiológico implica que os valores constitucionais avivem e tornem atuais normas individuais ou complexos de normas, as quais devem ser sempre lidas e interpretadas, mesmo que aparentemente sejam claras<sup>17</sup>.

Nesse ponto, esclarece Gustavo Tepedino<sup>18</sup>:

Mostra-se insustentável o vetusto processo hermenêutico silogístico conhecido como subsunção que pressupõe a dualidade inexistente entre a norma jurídica (premissa maior) e a hipótese fática (premissa menor). A norma jurídica é um *posterius* e não um *prius* em relação ao processo interpretativo. Resulta da valoração do fato concreto, à luz de todo

<sup>15</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.594.

<sup>16</sup> Nesta seara válidos são os ensinamentos de Francisco Amaral: “A tendência atual, embora reconheça a importância da lógica formal no raciocínio jurídico, é para combater a concepção mecânica do silogismo, aceitando a contribuição da lógica dialética ou lógica de argumentação, que contesta uma aplicação rígida e inflexível das leis, respeitando a dupla exigência do direito, uma de ordem sistemática, que é a criação de uma ordem coerente e unitária, e outra de ordem programática, que é a busca de soluções ideologicamente aceitáveis e socialmente justas”. AMARAL, Francisco. *Direito Civil-Introdução*. 5.ed. São Paulo: Renovar, 2003, p 84.

<sup>17</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.596-597

<sup>18</sup> Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, v.38, abr./jun. Rio de Janeiro: Padma, 2007.

ordenamento que, traduzindo-se na atividade interpretativa, exige ponderação no exame das peculiaridades do objeto cognitivo. São tais peculiaridades que produzem, a um só tempo e dialeticamente, a interpretação (norma interpretada) e a qualificação (fato qualificado). Daí a imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais, que tornam transparentes o processo interpretativo e permitem o controle constitucional da valoração jurisdicional (ponderada no caso concreto), mediante o duplo grau de jurisdição.

Assim, clara é a necessidade de analisarmos detidamente as situações jurídicas segundo as relações estabelecidas casuisticamente. Isso porque categorias abstratas nem sempre são eficazes neste processo de identificação, que não deve ser perpetrado segundo a subsunção. A complexidade dos interesses tuteláveis já é um indício de que a resposta a ser aplicada diante do caso concreto deve ser moldada através dos processos de interpretação e argumentação desenvolvidos a partir dos princípios informadores presentes na Carta Magna. Nessa toada, é imprescindível que no processo interpretativo se leve em conta a disciplina específica de cada negócio, com a consequente relativização do processo hermenêutico, uma vez que interpretação e qualificação fazem parte de um processo único<sup>19</sup>:

O papel da interpretação jurídica ganha destaque, uma vez que o aspecto material do princípio da legalidade (compatibilidade com a Constituição Federal e os direitos e garantias fundamentais) é dotado de grande carga valorativa. Assim, torna-se inegável a normatividade destes princípios constitucionais que se traduzem como vigas mestras do sistema, escorando-se na força normativa da Constituição.

O texto não se confunde com a norma. Esta é o resultado da interpretação, também caindo por terra a máxima *in claris cessat interpretatio*. Consequentemente,

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, PELINGIERI pondera que a interpretação depende dos diversos métodos hermenêuticos, da disciplina da responsabilidade e da confiança, de quanto de objetivo e reconhecível possui o ato em relação a cada composição de interesses, da importância da qualidade da diligência exigível, do círculo social do disponente, das condições econômicas e sociais dos sujeitos, isto é, de uma série de aspectos heterogêneos e concorrentes na individuação da disciplina do ato. A qualificação requer o conhecimento do ato e do ordenamento, especialmente da disciplina com base na qual deve ser expressa a valoração. Sobre a qualificação, portanto, incidem o momento cognitivo, o juízo e valor, isto é, a determinação do valor jurídico, dos princípios fundamentais. Cf. *in* PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.654-655.

o conceito de legalidade acaba se modificando, e, em razão disso, as próprias fontes do direito passam por uma mutação.

Tradicionalmente, as fontes do direito eram classificadas como: a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina (sendo estas últimas consideradas fontes indiretas ou mediatas, já que apenas revelariam o direito e não influenciariam a sua formação, tal como ocorria com a lei e os costumes, as chamadas fontes diretas)<sup>20</sup>.

Entretanto, essa tradicional classificação pode ser repensada na medida em que diversos outros institutos vem sendo considerados por representantes da doutrina<sup>21</sup> como fontes do direito, tais como as medidas provisórias, súmulas vinculantes e precedentes judiciais.

Feitos esses comentários acerca da importância da interpretação e fixada a premissa de que a norma é o resultado desta, nota-se um elastecimento do conceito da legalidade<sup>22</sup>. A legalidade acaba por traduzir-se na conformidade com o direito, sendo essa a (re)construção desse conceito. Sobre o tema, Fredie Didier Jr.<sup>23</sup> esclarece que a “referência à ‘legalidade’ é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes”.

---

<sup>20</sup> Cf. in DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283.

<sup>21</sup> Nesse sentido, ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212; para quem, “atualmente, essa tradicional classificação das fontes do direito está defasada, seja porque diversos outros institutos podem ser considerados fontes do direito, tal como as súmulas vinculantes, medidas provisórias e precedentes judiciais, seja porque a distinção entre imediata e mediata não faz mais sentido, haja vista que a própria jurisprudência tem sido cada vez mais dotada de efeito vinculante com o intuito de assegurar sua efetividade”.

<sup>22</sup> Conforme será analisado em capítulo a seguir, tal afirmativa acaba, por consequência, destacando o papel da advocacia pública no auxílio da tomada de decisões administrativas, já que cabe a ela o papel precípua de interpretar o ordenamento jurídico dentro da administração pública.

<sup>23</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10.ed., ver., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.467/468.

## 1.1 LEGALIDADE E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme supracitado, o art. 5º, II, da CF/88, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Tal comando demonstra que na esfera do particular, a legalidade tem o enfoque de não contradição à lei, já que a ele é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe.

No que se refere à Administração Pública, tal postulado exige que esta “só pode fazer o que a lei permite”<sup>24</sup>, impedindo, assim, favorecimentos ou perseguições autoritárias. “A função da atividade administrativa só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”<sup>25</sup>. Tal princípio, portanto, submete a todos, inclusive o Estado, ao império da lei, sendo que, a noção de legalidade terá sempre como ponto de partida a Constituição Federal.

Por esta razão, parte da doutrina<sup>26</sup> insere o conceito da legalidade administrativa no contexto da juridicidade, estando, assim, a Administração, ao exercer sua função, submetida aos princípios explícitos, implícitos, tratados internacionais e demais regras do ordenamento jurídico. A lei não seria a única fonte da juridicidade, e sim mais uma delas.

No entanto, essa separação entre legalidade e juridicidade, indicaria a possibilidade de aplicação de uma lei (legalidade) que contrariasse os postulados da Constituição, e tal premissa não é verdadeira, já que em nosso sistema não se afigura possível a separação entre as leis e a Constituição quando da aplicação do direito pela Administração e seus agentes.

Nesse trilha Claudio Madureira<sup>27</sup>, emprega a juridicidade como legalidade num sentido mais amplo, utilizando a legalidade administrativa como sinônimo de

---

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 68.

<sup>25</sup> ROCHA, Sílvio. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 71.

<sup>26</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 78-79

<sup>27</sup> Para o autor “o direito brasileiro comporta, desde a nossa primeira Constituição Republicana, o controle difuso de constitucionalidade das leis, que autoriza os intérpretes em geral e os juízes em particular a deixar de aplicar leis incompatíveis com o texto constitucional. Em razão dessa particularidade do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, não há espaço para a separação entre leis e a Constituição como objetos a que se reportam a Administração e seus agentes no campo da

vinculação da Administração Pública ao direito considerado em sua integralidade, estando, assim, vinculada aos princípios implícitos e explícitos da Constituição Federal, devendo todo o ordenamento ser interpretado e aplicado a partir dos valores constitucionais.

Nesse sentido, a lei 9784/99, ao regular o processo administrativo federal, estabelece a atuação conforme a lei e o Direito<sup>28</sup>.

## 1.2 LEGALIDADE E LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Estabelecida a necessária distinção entre a legalidade e a legalidade administrativa, passar-se-á a análise da legalidade tributária, que, além de características relacionadas ao direito administrativo, (que a qualificam, sob certa ótica como aspecto da legalidade administrativa) possui peculiaridades próprias.

Nesse trilha, estabelece o artigo 150, *caput* e inciso I da Constituição Federal de 1988 que, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Trata-se de legalidade estrita que, nos termos do dispositivo transcrito, deve ser observada toda a vez que houver instituição ou majoração de tributos. Portanto, “requer-se que a própria lei defina todos os aspectos pertinentes ao fato gerador necessários à quantificação do tributo devido em cada situação concreta que venha a espelhar a situação hipotética descrita na lei”<sup>29</sup>.

Tal regra decorre do princípio democrático, já que o contribuinte só será obrigado a pagar o tributo se os seus representantes reunidos no parlamento assim

---

aplicação do direito, o que torna imprecisa a distinção, no plano da ciência, entre legalidade e juridicidade”. Cf. *in*: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p 37-38.

<sup>28</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

<sup>29</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2011,p.134.

o tiverem aceitado. Nesse sentido, é o brocado do direito norte-americano, “*no taxation without representation*” exprimindo a noção de consentimento do contribuinte para ser tributado. Assim, o princípio da estrita legalidade tributária, tal como visto, deve ser observado toda a vez que estivermos falando de criação ou majoração de tributos<sup>30</sup>.

É importante esse registro, uma vez que no presente trabalho não estamos a tratar da criação ou do aumento de tributos, mas de mecanismos de disposição de direitos e interesses do fisco que, conforme veremos, consistem em uma decisão administrativa.

### 1.3 LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE TRIBUTÁRIA: COMPATIBILIZAÇÃO DOS REGIMES PARA A DISPOSIÇÃO DE DIREITOS E INTERESSES

Nos termos do que foi exposto, o princípio da legalidade que rege toda a atividade administrativa, passou por um elastecimento. Tendo tal premissa como norte, verifica-se a possibilidade de compatibilização entre os regimes administrativo e tributário, na medida em que a disposição sobre direitos e interesses da Fazenda Pública, em matéria tributária, embora siga regras especiais previstas no ordenamento, não se dissocia do regime administrativo. Tratam-se de regimes complementares.

Estamos convencidos de que a solução consiste na decisão administrativa de reconhecer o direito do contribuinte em determinadas hipóteses, já que a administração submete-se integralmente à legalidade, considerando esta, como a compatibilidade com o ordenamento jurídico, seja em matéria tributária ou administrativa. Como procuraremos demonstrar na sequência, a postura a ser adotada dependerá ou de uma decisão administrativa fundada na legalidade ou de

---

<sup>30</sup> A CF/88 prevê exceções no caso de majoração de alíquotas de II, IE, IPI, IOF E CIDE-combustíveis (que podem ser alteradas pelo Executivo) e do ICMS-MONOFÁSICO SOBRE COMBUSTÍVEIS (que pode ser alterada por meio de convênio).

lei autorizativa a ser editada com base nos parâmetros especificados pelo direito tributário.

Nesse sentido, ultrapassados os conceitos de legalidade administrativa, tributária e sua compatibilização, e a importância dos mesmos para a Administração Pública, na medida em que foram elásticos a partir da atuação dos operadores do direito. Ganha relevo, nesse ínterim, o papel do intérprete, motivo pelo qual analisaremos, a seguir, o modo de formação das decisões jurídicas na esfera administrativa.

## 2. NOTAS SOBRE O MODO COMO AS DECISÕES JURÍDICAS SÃO ADOTADAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Definido, nestes termos, a influência do princípio da legalidade para a configuração de tomadas de posição da Administração Pública no sentido da disposição sobre direitos de contribuintes, passamos a descrever o modo como essas decisões administrativas são tomadas. Para tanto, discorreremos sobre a relação entre a aplicação do direito e o exercício da função administrativa; sobre o caráter flexível da aplicação do direito na era contemporânea, e, em vista dele, sobre a necessidade de uniformização das interpretações jurídicas adotadas no exercício da função administrativa.

### 2.1 O ÍNTIMO RELACIONAMENTO ENTRE A APLICAÇÃO DO DIREITO E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A Administração Pública, por força do art. 37 da CF, tem o dever de agir conforme o direito, estando vinculada à legalidade, sendo que a sua atuação caracteriza-se pela aplicação do ordenamento jurídico, concretizando-o. No entanto, a citada concretização do ordenamento, por meio da interpretação e aplicação do direito, encontra dificuldades, que se apresentam por diversos motivos, dentre eles por contar com diversos tipos de profissionais que não foram preparados para essa função, tendo outra formação que não a jurídica.

Ao comentar a vinculação da Administração Pública à lei e a sua interpretação, Carlos Figueiredo Mourão<sup>31</sup> explica que:

O Estado de Direito, impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controles desses atos. Assim, a execução de suas obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujos membros ingressaram na carreira mediante concurso. Dentre eles, os procuradores públicos, que tem a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade.

---

<sup>31</sup> MOURÃO, Carlos Figueiredo A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 136.



Assim, a vinculação à legalidade, aliada às funções precípua da advocacia pública, que nos termos dos arts. 70, 131 e 132 da CF, consistem na atividade consultiva, contenciosa e de controle interno da juridicidade, acabam por assegurar a ela um papel de grande importância na execução da função administrativa, já que caberá aos advogados públicos orientar a administração e defendê-la, dando sempre a melhor aplicação ao direito, concretizando o ordenamento, conforme será visto adiante quando pormenorizaremos as funções típicas da advocacia pública.

## 2.2 O CARÁTER FLEXÍVEL DA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ERA CONTEMPORÂNEA E A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS UNIFORMIZADORAS

Conforme visto, ao analisarmos o princípio da legalidade, o processo de fragilização do sistema fechado e codificado deu-se, também, pelo fenômeno denominado por Zaneti<sup>32</sup> de fragilização virtuosa, decorrente da abertura do sistema fechado, em razão da evolução do direito positivo e da sua flagrante insuficiência para coibir as lacunas hermenêuticas<sup>33</sup>.

Nesse cenário, ganha relevância a visão do Direito como expressão de uma racionalidade prática em que é determinante a atividade judicial, sendo o direito formado a partir de um processo de concreção, que se realiza por meio da decisão jurídica a partir da interpretação e aplicação de princípios jurídicos. Trata-se da

<sup>32</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 99.

<sup>33</sup> Acerca deste fenômeno, Alfredo Lamy Filho esclarece que “a primeira reflexão que o tema sugere é a de que na base do fenômeno se encontra o que, há muito, vem sendo analisado como ‘a crise do Direito’. A parte do Direito, na angústia contemporânea é, inegavelmente, muito expressiva. O ‘declínio’, ou a ‘morte’ do Direito, de que nos falamos com tanta ênfase e melancolia juristas do porte de RIPERT, CARNELUTTI, CAPOGRASSI, RAVÁ e tantos outros, bem indicam a perda da sacralidade de que se revestia a lei, e trouxeram a incerteza e a insegurança ao mundo outrora tranquilo dos juristas. Somos todos testemunhas e partícipes de um momento de transformação sem precedentes na grande aventura humana, em que o passo da história adquire aceleração vertiginosa, e em que o Direito, que deveria disciplinar essa mutação, ou reger suas consequências, perdeu a equação do tempo. A mudança cria inquietude, a incerteza, a ansiedade e em consequência, o Direito, que visa a estabelecer a segurança das relações entre os homens, perde sua função para se transformar na ‘crisálida ressecada’ de que nos fala RIPERT.” Cf. in: FILHO, Alfredo Lamy. *As transformações sociais e o ensino do Direito: a experiência do CEPED. In O Direito e o tempo: os embates jurídicos e utopias contemporâneas* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar. p.3.

formação do ordenamento jurídico diante do caso concreto que acaba por consubstanciar o princípio da legalidade em seu aspecto mais amplo.

Essa perspectiva permite contemplar o Direito como um pensamento prático jurisprudencial, que nos dizeres de Francisco Amaral<sup>34</sup>, consiste em:

“[...] um saber para a ação e para o comportamento social, sendo mais uma ciência de decisão do que uma ciência do conhecimento. O direito não é um dado que se encontra previamente estabelecido, mas um processo, uma atividade específica de composição de conflitos, por meio de um poder que a sociedade legítima e institucionaliza.”

Assim, hoje o direito assume uma perspectiva prática e flexível, tendo como veículo a atividade interpretativa e como limite o arcabouço principiológico que sustenta o ordenamento.

Essa mudança de paradigma apresenta, no entanto, alguns pontos sensíveis, tais como: o desafio entre a justiça e a segurança jurídica e a centralidade excessiva do papel do juiz. Nessa linha, surge um novo problema: o Juiz Hércules<sup>35</sup>, numa expressão bem conhecida e atribuída a Ronald Dworkin.

Nesse panorama complexo, Luiz Edson Fachin<sup>36</sup>, pondera:

“Não se quer um juiz distante, um juiz somente *facebook*; há, pois, desafios de funções e de substância, nomeadamente no Brasil, dos controles difusos da constitucionalidade. Relembre-se o conselho clássico ao Juiz antigo na Itália: não use a testa, use o texto. Agora, espera-se o inverso, não esquecendo do texto e seu contexto. Há que se buscar uma fundamentação axiológica e não axiomática, sob o páleo da legalidade constitucional. Sabe-se que o Direito é também uma prática, mais sem a verticalidade teórica não há saída nem fundamentação que se sustente.”

<sup>34</sup> AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um Direito como ordem prática. in *O Direito e o tempo: os embates jurídicos e utopias contemporâneas* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores) –Rio de Janeiro: Renovar. P.139/140.

<sup>35</sup> Segundo Dworkin, o Juiz Hércules seria aquele que tem o dever de verificar os princípios que alicerçam uma coerente solução. É sem dúvida o trabalho hercúleo que exige do intérprete uma capacidade sobrelevada para sair de uma condição de interpretação dita “normal”, com vistas a aproximar-se o mais perto possível daquilo que podemos classificar como justo. (conferir em Dworkin, Ronald. *Freedoms Law; the moral Reading of the American Constitution* Oxford, New York: Oxford University Press, 1966, a partir da página 263).

<sup>36</sup> FACHIN, Luiz Edson. *O direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.123.

Assim, a concretização do direito passa a ser um exercício interpretativo, e nos dizeres de Bobbio<sup>37</sup> “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicado.”

Esclarecendo melhor a ideia do professor italiano, Claudio Madureira<sup>38</sup>, utilizando da semiótica pondera que o signo é a unidade mínima de comunicação, sendo composto por três elementos: o suporte físico, o significado e o significante:

“se transpusermos esse modelo semiótico para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o suporte físico, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) e/ou da conduta humana à qual essa norma em tese se aplica (fato) o seu significado e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída, por exercício hermenêutico, a significação que os intérpretes/aplicadores atribuem ao seu objeto cognoscente”.

Nesse panorama, considerando o destaque que assumiu a concreção do direito por meio da atividade decisória, ganha relevo a necessidade de promoção da segurança jurídica, tendo em vista, sobretudo, o potencial autoritário dos princípios, que também guarda vinculação com a possibilidade de, a partir de sua gramática aberta e axiologicamente impregnada, autorizar um voluntarismo hermenêutico e o arbítrio judicial.<sup>39</sup>

Nesse sentido, a garantia da referida segurança jurídica e da igualdade, pode ser alcançada a partir da uniformização dos entendimentos jurisprudências, bem como uniformização dos posicionamentos jurídicos da administração pública, seja em âmbito judicial ou administrativo. Isso porque tanto a segurança quanto a

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone 1995, p.212.

<sup>38</sup> MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: O processo civil do formalismo-valorativo*. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2017. p. 38.

<sup>39</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. In *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas a luz da legalidade constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*/Gustavo Tepedino organizador. São Paulo: Atlas, 2008.p. 309. Para o referido autor, minimizar o potencial negativo dos princípios (naquilo que alimentam o decisionismo voluntarista e a imposição arbitrária dos valores pessoais do intérprete) importa não relegar as regras a uma posição secundária no ordenamento com o que não se está em momento algum a concordar com a ideia de que as regras sejam mais importantes que os princípios já que possuem caráter instrumental. Da mesma forma, a valorização da interpretação tópico-sistemática e a consideração de que existem limites textuais mínimos a serem respeitados, assumem lugar de destaque no âmbito dos mecanismos disponibilizados para uma atividade interpretativa responsável e que não venha ensejar um uso deturpado dos princípios.

igualdade são valores caros ao Estado Democrático de Direito, que devem garantir ao cidadão não somente a igualdade perante a lei (igualdade formal), mas também a igualdade na lei (igualdade material), na melhor das acepções aristotélicas: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”. Com efeito, evidencia-se que a igualdade estabelecida na Constituição Federal estende-se ao plano processual e, por essa razão, o CPC estabelece ao juiz o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento” (art. 139, I, do CPC).

### 2.3 O DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DOS POSICIONAMENTOS JURÍDICOS PELA ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Dentre as prerrogativas que possui a Administração Pública, está o poder de distribuir, organizar ou escalonar as funções de seus órgãos, estabelecendo-se, assim, por meio da distribuição de competências, subordinação e hierarquia. Trata-se de uma das prerrogativas da administração denominada de Poder Hierárquico.

Dessa forma, a hierarquia “é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa”<sup>40</sup>. Na Advocacia Pública não seria diferente, já que os próprios estatutos de cada procuradoria têm por finalidade escalonar seus órgãos, organizando-os administrativamente, estabelecendo instâncias, na busca por uma atuação orgânica e uniforme, como decorrência dos princípios da impessoalidade, legalidade e eficiência, insculpidos no art. 37 da CF<sup>41</sup>.

No entanto, não é aceitável que, ao interpretar o ordenamento jurídico a Advocacia Pública comporte-se de forma contraditória na solução dos casos concretos que lhe são apresentados, sob pena de violação à igualdade, impessoalidade, eficiência, entre outros princípios.

---

<sup>40</sup> SANTOS FILHO, José Carvalho dos. *Manual de Direito Administrativo*, 22.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 65.

<sup>41</sup> Art. 37, CF/88: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

Tal fato não parece contaminar a liberdade de atuação profissional garantida pelo Estatuto da Advocacia<sup>42</sup>, já que o direito a livre formulação e defesa do entendimento individual de cada integrante da carreira não sofre qualquer limitação. Deste modo, “essa hierarquia desaparece quando se trata do conteúdo das manifestações do advogado público, que tem a liberdade de expressão garantida como qualquer advogado”<sup>43</sup>. Não há que se cogitar qualquer subordinação técnica.

Destarte, em razão do poder hierárquico e da necessidade de uniformização de entendimentos acerca da interpretação do ordenamento, esse entendimento individual deve ser submetido, tal como previsto em seus estatutos, à análise das instâncias superiores.

Assim, faz-se necessário distinguir a independência profissional dos procuradores da autonomia técnica da procuradoria. Isso, pois, não há que se falar em subordinação jurídica da procuradoria ao Poder executivo, ou a qualquer outro órgão ou poder, devendo exercer sua função como órgão estruturado e hierarquizado, adotando um padrão de rotina interna que permita a uniformização de seus posicionamentos jurídicos, evitando posturas contraditórias e buscando sempre a efetivação de direitos previstos no ordenamento aos administrados.

Por tal razão não pode se cogitar limitações de ordem técnica, devendo ser assegurada a liberdade nas manifestações jurídicas desses profissionais. Tal fato não exclui a possibilidade dessas manifestações serem posteriormente submetidas a outras instâncias dentro da própria procuradoria, buscando, com isso a uniformização dos entendimentos adotados na aplicação do direito pelo Poder Público. “Disso resulta que esses profissionais não ostentam, individualmente, autonomia técnica, a exemplo do que se imagina ocorrer com os Membros do Ministério Público; e daí falar-se, em rigor, em autonomia da procuradoria e não dos procuradores”.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Art. 7º, I, Lei nº 8.906/94. “Art. 7º. São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; [...]”.

Art. 31, § 1º, Lei nº 8.906/94. “Art. 31, § 1º: O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

<sup>43</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 57.

<sup>44</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 249.

De tal modo, na busca por essa uniformização, para que não haja qualquer violação à independência técnica do procurador que teve o seu entendimento superado pelas instâncias superiores, poderá ele dar-se por suspeito para continuar atuando no feito, cabendo à chefia, nessa hipótese, redistribuir o processo a outro procurador que possa atuar defendendo a posição institucional, algo semelhante ao art. 28 do CPP<sup>45</sup> que cuida desses casos no âmbito do processo penal e a atuação do Ministério Público. Nessa hipótese, contudo, há a necessidade de existência de previsão expressa na legislação que rege a carreira específica.

Destaque-se que, a ideia da organização hierárquica dentro da advocacia pública e a consequente hierarquização de posicionamentos acabam conduzindo à uniformização desses posicionamentos jurídicos e, até mesmo, das posturas administrativas. Mencionada uniformização de entendimentos da Advocacia Pública ganha especial importância após a vigência do CPC que, ao incorporar em seu texto o núcleo de precedentes em seus arts. 926<sup>46</sup>, 927<sup>47</sup> e 489, § 1º<sup>48</sup>, busca a racionalidade, previsibilidade, coerência e integridade do sistema. Isso porque a vinculação do Poder Judiciário ao sistema de precedentes acaba por reforçar a

---

<sup>45</sup> Art. 28, CPP: “Art.28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

<sup>46</sup> Art. 926, CPC/15: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

<sup>47</sup> Art. 927, CPC/15: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

<sup>48</sup> Art. 489, § 1º, CPC/15: “Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]”.

necessidade de uniformização dos entendimentos na esfera administrativa pela Administração Pública.

Vemos, também, na audiência preliminar de conciliação prevista no art. 334<sup>49</sup>, um caminho para a composição e reconhecimento de equívocos perpetrados pela administração em seu atuar. Assim, havendo normatização ou uniformização de entendimentos, por meio de súmulas administrativas, p.ex., poderia essa audiência preliminar ser utilizada como instrumento destinado a colocar termo ao litígio.

A uniformização dos entendimentos jurídicos também tem repercussão sobre as hipóteses de remessa necessária que estão previstas no art. 496 do CPC<sup>50</sup>. Isso, pois o Código trouxe como hipótese de dispensa da remessa, no inciso IV do § 4º do referido art. 496, a hipótese de a decisão ser coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Desta feita, mais uma vez se verifica a importância da organização e uniformização das interpretações jurídicas de cada ente público, dando-se publicidade a estes entendimentos.

Ainda sobre a repercussão da uniformização dos entendimentos administrativos pela Advocacia Pública, Leonardo Carneiro da Cunha, esclarece que havendo “recomendação de não se interpor recurso, tal recomendação vincula os advogados públicos, não devendo haver remessa necessária que deverá ser

---

<sup>49</sup> Art. 334, CPC/15: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

<sup>50</sup> Art. 496, CPC/15: “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1o, o tribunal julgará a remessa necessária. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

dispensada pelo juiz”. Desta feita, “em razão do princípio da lealdade e boa fé processual, cabe ao advogado público informar ao juiz para que haja expressa dispensa da remessa necessária, evitando o encaminhamento desnecessário dos autos ao respectivo tribunal.”<sup>51</sup>

Neste trilha, segundo o estatuto processual, será dispensada a remessa quando a sentença estiver em conformidade com orientações fixadas pelo Poder Público “consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. É preciso que haja manifestação expressa, ou parecer, ou súmula administrativa para que seja dispensada a remessa necessária”.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense 2016, p.194.

<sup>52</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense 2016, p.195.



### **3. A ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JURÍDICAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA**

#### **3.1 A ADVOCACIA PÚBLICA E SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS**

Pela ascensão jurídica da Constituição, que deixa de ser encarada como um simples documento político, passando a ser vista como o verdadeiro centro do nosso ordenamento jurídico de onde emanam princípios e valores que direcionam a interpretação e a aplicação do nosso direito, verifica-se a necessidade de harmonizar a atuação do advogado, público ou privado, com a sua função social, consubstanciada pela própria Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer que um instituto de direito cumpre a sua função social quando, além de concretizar sua finalidade específica, persegue, simultaneamente, interesses socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica. Trata-se, pois, da interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF), do valor social da livre iniciativa (art.1º, IV, da CF) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art.3º, III) e da solidariedade social (art.3º, I) – objetivos da República.

Nesse diapasão, o declínio da ideologia liberal e o advento do Estado social contribuíram imensamente na criação desse novo viés social com que atualmente se enxerga a atividade dos advogados e, nesse ínterim, pode-se dizer que as características tradicionais da profissão perderam parte de suas justificativas. E não é difícil identificar tais alterações.

Por exemplo: já se superou há muito a ideia de que os advogados somente defendem interesses individuais e não sociais, assim como já é plenamente concebível que o advogado atue perante as demais esferas sociais, que não a sociedade civil – a atuação administrativa perante os Poderes Executivo e Legislativo bem demonstra isso.

Logo, é admissível, e até esperado, que o advogado de hoje organize institucionalmente o acesso de classes, grupos sociais e da coletividade indistintamente considerada ao funcionamento da máquina estatal. Justamente

nesse sentido nos advertiu Fábio Konder Comparato, para quem “ao advogado, como titular de competência profissional legalmente reconhecida e exclusiva, caberá a tarefa de manejar os instrumentos jurídicos de realização dos objetivos constitucionais de transformação social”<sup>53</sup>.

O referido autor justifica seu raciocínio asseverando que, quando exerce o patrocínio de pleitos judiciais de interesse público, o advogado assume a posição, simultaneamente de autor e representante, pois exerce, em seu nome pessoal, autêntico ministério público. No entanto, na atualidade, a questão ganha contornos diversos com fortalecimento da Advocacia Pública e da própria revisitação do conceito de “função social”, também aplicável aos interesses de caráter privado, no sentido de conferir-lhe o merecimento de tutela.

É certo que a advocacia de caráter público, angariou forte sentido à função social da advocacia, já que por atuar em prol do bem comum, acaba assumindo um caráter político. Isso porque toda ação política move-se no universo de poderes sociais, sejam eles estatais ou não. “A função social do advogado, nesse entrechoque de poderes, consiste em fazer prevalecer o princípio de justiça distributiva, dentro da ordem jurídica”<sup>54</sup>.

Não por outra razão, a Advocacia Pública foi inserida no Título IV da CF, como órgão essencial à justiça com assento constitucional, não se submetendo a qualquer dos órgãos ou poderes da República, tendo sido tratada à parte dos capítulos destinados ao executivo, legislativo e judiciário. É regida pelo estatuto da advocacia<sup>55</sup>, que de forma clara, já em seu art. 3º, § 1º<sup>56</sup>, estabelece que todas as esferas da advocacia pública, federal, estadual e municipal, estarão submetidas a esta lei, conferindo, assim, o direito de “exercer com liberdade, a profissão em todo território nacional”<sup>57</sup> constituindo violação às prerrogativas do advogado público

---

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A função social do advogado*. In: Revista dos Tribunais. V. 582, abril de 1984, p. 271.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Lei Federal nº. 8.906/94.

<sup>56</sup> Art. 3º, § 1º da Lei 8.906/94: “art. 3º, § 1º: Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”.

<sup>57</sup> Art. 31, § 1º da Lei 8906/94: “Art. 31, § 1º: - O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.”.

qualquer tentativa de ingerência em sua liberdade no exercício de sua função. O estatuto ressalva, contudo, de forma expressa, a observância das legislações próprias de cada ente que regulamenta cada uma das carreiras que, evidentemente, a despeito de regulamentar as carreiras de cada ente público, não poderão conflitar com as atividades típicas previstas no texto Constitucional.

Nesse passo, estabelece a Constituição Federal como atividades típicas da Advocacia Pública, nos arts. 131<sup>58</sup> e 132<sup>59</sup>, as de representação judicial e extrajudicial dos respectivos entes federados, cabendo-lhe também a assessoria e consultoria jurídica, sendo ínsito a essas atividades, conforme passaremos a demonstrar, o exercício do chamado controle interno da juridicidade do agir administrativo.

### 3.1.1 Consultoria Jurídica

Essa função, ou atividade, tem por finalidade a orientação da Administração e seus agentes, na correta aplicação do ordenamento jurídico. Assim, estando a Administração vinculada à estrita legalidade, o exercício da função pública, pressupõe sempre a aplicação da lei.

Para aplicá-la, no entanto, é necessário interpretá-la, e nessa interpretação dúvidas podem surgir, sendo papel precípua da Advocacia Pública dizer o direito à Administração, já que, nos termos do que estabelece o art. 1, inc. II, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) são privativas da advocacia a assessoria e direção jurídicas.

---

<sup>58</sup> Art. 131 da CF/88: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei”.

<sup>59</sup> Art. 132 da CF/88: “Art. 132: Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias”.

Destarte, na Administração Pública, a assessoria e direção jurídica ocorrem com a orientação dos agentes na aplicação do direito, estando assim incluídas na atividade da consultoria.

Há, contudo, parte da doutrina<sup>60</sup> que defende que a função de assessoria não se confundiria com a consultoria, diferenciando-as. Os pontos que as diferenciariam<sup>61</sup>: (i) liberdade técnica: na assessoria, por supostamente estar ligadas a decisões políticas, a liberdade seria menor que na consultoria; (ii) vinculação do gestor público à manifestação: na consultoria haveria a vinculação, enquanto no assessoramento essa vinculação não ocorreria por tratar-se de decisão política; (iii) responsabilização do parecerista: na assessoria, em razão da possibilidade de opção do gestor por acatar ou não a manifestação, a responsabilidade seria do gestor, não podendo ser estendida ao parecerista; já na consultoria, tendo em vista a vinculação do gestor à manifestação técnica, haveria a responsabilização do consultor; (iv) finalidade: na consultoria buscar-se-ia atender o interesse público, e a assessoria teria por finalidade os interesses do Estado.

Vale registrar, no entanto que, por vezes, esse “interesse do Estado” pode conflitar com o interesse da sociedade, pois muitas vezes o Estado possui interesses particulares, ou secundários<sup>62</sup> que poderiam, acaso adotado esse

---

<sup>60</sup> GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.64.

<sup>61</sup> Claudio Madureira, explica que, aqueles que as diferenciam o fazem “com base na autonomia, liberdade, vinculatividade e responsabilidade, sendo que na consultoria haveria um maior grau de autonomia e liberdade, sendo este limitado na assessoria, que estaria ligada a decisões políticas. A assessoria, para estes, não seria essencial à justiça já que sua eficácia sobre a atuação do Estado seria limitada, razão pela qual, não haveria responsabilidade do advogado nessas hipóteses, já que esta seria exclusivamente do gestor, que não estaria vinculado à manifestação da assessoria. Portanto, acaso vinculado o consulente ao parecer teríamos a atividade de consultoria, do contrário assessoramento, e, por outro lado, se a finalidade fosse servir a sociedade teríamos a consultoria, enquanto que no assessoramento a finalidade seria servir o Estado. (*Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 95/96).

<sup>62</sup> Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente na doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses *primários*— que são interesses da coletividade como um todo — e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os das coletividades. *Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que precedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 22)

entendimento, ser sobrepostos ao ordenamento quando o advogado público estivesse a exercer sua função de assessoria, já que estaria a servir a esses interesses do Estado.

Tal conclusão, em nosso sentir, viola o dever da advocacia pública de observância da legalidade, que se realiza na observância do ordenamento jurídico, aplicando-se corretamente o direito, além de desatender o princípio da supremacia do interesse público.

Desta feita, o regime jurídico administrativo a que se submetem os advogados públicos não permite qualquer alternativa a eles em suas manifestações que não a observância do interesse público, dispensando-se interesses particulares do Estado, sendo essa a forma e a razão pela qual se exige sua autonomia, protegendo-os de interesses secundários, ou de menor legitimidade.

Não por outra razão, o estatuto da advocacia, que expressamente se aplica aos advogados públicos conforme já visto, estabelece que *o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância*<sup>63</sup>. Assim, em razão dos valores administrados pela Advocacia Pública, esses deveres de liberdade e autonomia são potencializados, já que a legalidade administrativa e a supremacia do interesse público exigem uma acertada e criteriosa aplicação do ordenamento jurídico.

Assim sendo, considerando que a Administração Pública só atua quando assim a lei determina e que os órgãos responsáveis pela interpretação da lei são as procuradorias, não faz sentido que as suas orientações possam ser desprezadas sem que, com isso, o administrador atraia para si o ônus de ser pessoalmente responsabilizado.

Diante disso, torna-se irrelevante a diferenciação em entre consultoria e assessoramento, já que o interesse público (primário) sempre deverá ser o fim buscado na manifestação da Advocacia Pública, sendo essa orientação vinculante aos demais órgãos que não possuem a competência estabelecida pelo ordenamento

---

<sup>63</sup> Art. 31, § 1º da Lei nº 8.906/94: “art. 31, § 1º: O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

de interpretá-lo, constituindo-se, assim, verdadeira forma de controle de legalidade da atuação administrativa<sup>64</sup>.

### 3.1.2 Contencioso Judicial

Instaurada a contenda judicial, o poder público necessariamente deverá ser representado pela Advocacia Pública, nos termos do que dispõe os arts. 131 e 132 da Constituição Federal de 1988. Assim, como autor ou réu, o poder público terá seus interesses patrocinados pelo advogado público que buscará, em juízo, demonstrar o acerto das posturas adotadas pela Administração, que pressupõe a adequação ao ordenamento jurídico. Evidentemente, que embora se presuma correta a atuação do Estado, já que só pode agir de acordo com a lei, este poderá ter agido de forma equivocada, cabendo ao administrado demonstrar tal equívoco, razão pela qual se diz que a presunção de legalidade dos atos administrativos é relativa, admitindo-se, assim, prova em contrário. Tendo em vista essa presunção e o dever de observância do ordenamento que o move, deverá o advogado público defendê-lo expondo todos os argumentos em juízo, salvo se, desde logo, convencer-se do conflito com a ordem jurídica vigente.

Desta feita, no exercício de sua função, também no contencioso o advogado público exerce o controle de juridicidade, já que em juízo, quando diante de ato ilegal, tem o dever funcional de restabelecer a ordem jurídica violada, cabendo, na hipótese a composição com o administrado, reconhecendo-se, assim, o equívoco cometido pelo Poder Público.

---

<sup>64</sup> Por esta razão, Luciane Moessa de Souza adverte que “[...] é necessária uma mudança de ênfase na atuação da advocacia pública no Brasil. É preciso investir na realização de uma consultoria jurídica de qualidade, que se mostre apta a prevenir a prática de ilegalidades pelo Poder Público, evitando litígios desnecessários e direcionando as energias para orientar os órgãos públicos para o melhor desempenho das suas funções”. Cf. in: SOUZA, Luciane Moessa de. *Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 93.

### 3.1.3 Controle de Juridicidade

Delineados os contornos das atividades exercidas pelos advogados públicos na consultoria e no contencioso verifica-se, que é ínsito a esta atividade exercer o controle interno da juridicidade da atuação da Administração, já que em seu atuar deverá sempre estar pautado na observância do ordenamento jurídico, em razão da multicitada vinculação à legalidade. Assim, o controle interno sobre os aspectos jurídicos dos atos administrativos é atividade típica dos advogados públicos, sendo exercida tanto na consultoria quanto no contencioso.

Vale repetir que a atuação dos agentes públicos de acordo com a legalidade é um dever de todos aqueles que se investem na função pública. No entanto, quando se analisa a atuação da advocacia pública verifica-se que ela é a única que exerce com exclusividade a orientação jurídica de todas as esferas da administração.

Destaque-se que, ainda que essa função de controle não tenha sido expressamente prevista pela Constituição ou da legislação própria de cada ente, ela é inerente às funções de consultoria, assessoramento, representação judicial e extrajudicial conferidas aos procuradores públicos. Da mesma forma, conforme abordado, o controle interno da juridicidade é inerente a essas funções sendo delas, indissociável, já que a juridicidade sempre será analisada pela Advocacia Pública no exercício de suas funções típicas.

Nessa linha, Claudio Madureira<sup>65</sup> esclarece que mesmo não tendo a atividade de controle interno da juridicidade sido atribuída de forma taxativa pelo ordenamento jurídico, seu exercício decorre do próprio Estatuto da Advocacia (Lei n 9.096/1996) e da Constituição, já que à advocacia pública foram conferidas atribuições de fiscalização jurídica, que é exercida por meio da consultoria jurídica, bem como a

---

<sup>65</sup> Disso se verifica que, na esfera administrativa, tanto a atividade consultiva quanto a contenciosa são exercidas como forma de controlar a juridicidade da atuação da Administração Pública. Nesse campo, a incidência da legalidade administrativa (aqui compreendida num sentido amplo, como juridicidade, de modo a também abarcar o cumprimento das regras e princípios insculpidos no texto constitucional), somada à imposição do regime jurídico-administrativo a que a Administração Pública e seus agentes preordenem-se à realização do interesse público (o que pressupõe, sob acepção teórica adotada neste trabalho, uma correta aplicação do direito), conferem aos advogados públicos o controle interno da juridicidade do agir administrativo. (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p.105).

representação judicial e extrajudicial. Portanto, o controle seria ínsito a estas atribuições.

### 3.2 AUTONOMIA (OU INDEPENDÊNCIA) TÉCNICA

Assim, analisadas as atividades típicas da Advocacia Pública, consultiva, contenciosa e de controle interno de juridicidade, podemos avançar à questão da existência ou não de sua autonomia técnica.

Ao examinarmos a alocação da Advocacia Pública em capítulo próprio da CF/88, dissociada dos demais poderes (executivo, legislativo e judiciário), bem como considerando a sua atividade típica de consultoria, representação e controle, parece-nos impossível concluirmos que em sua atividade típica, estaria ela subordinada a algum dos poderes da república, já que, conforme comentamos acima, a única submissão que a ela se impõe é ao ordenamento jurídico e ao regime jurídico administrativo.

Nesse trilha, a legislação ordinária (Estatuto dos Advogados) estabelece a sua aplicação aos advogados públicos e privados, sendo a eles conferida a plena liberdade no exercício da profissão. Isso confere, a liberdade ao Advogado Público para exercer sua função, não havendo que se falar em limitação de suas manifestações técnicas<sup>66</sup>, vez que ninguém poderá determinar a forma como ele deve se manifestar, a despeito de eventuais manifestações não serem eventualmente acatadas pela Administração.

Por isso, em que pese o próprio legislador ordinário ter estabelecido a necessidade de observância dos estatutos próprios de cada ente federado, não nos parece defensável que tais legislações inviabilizem a liberdade e autonomia técnica do Advogado Público que são ínsitas à atividade de consultoria, representação e controle interno de juridicidade, previstas nos citados arts. 131 e 132 da CF. Vale

---

<sup>66</sup> Não por outra razão, o Conselho Federal da OAB no exercício de suas atribuições editou a Súmula 02, explicitando que “a independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>. Acesso em: 26 jun 2016.



menção, contudo, não ser raro a existência de leis de organização dos Entes Públicos que condicionam a celebração de acordos à anuência do Chefe do Executivo, o que, parece ir de encontro aos dispositivos constitucionais supracitados.

Verifica-se, portanto, que a bússola que norteia o Advogado Público em sua atividade é a ordem jurídica estabelecida, cabendo a ele a defesa e o aprimoramento da aplicação do direito pela administração. Por esta razão, sendo o controle interno de juridicidade sua atividade típica, tanto na consultoria quanto no contencioso, impossível que esse controle esteja limitado por determinações ou entendimentos que não provenham dos quadros da procuradoria.

Nesse passo, Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar<sup>67</sup>, esclarece tratar-se de um “princípio constitucional implícito que regula não só a atividade dos advogados públicos, mas também toda a Administração Pública, que deve obediência aos ditames do Estado Democrático de Direito”.

Dito isso, admitir que uma norma infraconstitucional, que regulamente a carreira do advogado público, interfira ou limite o desempenho de sua atividade, conflita com as previsões contidas nos arts. 131 e 132 da CF, que assegura a multicitada independência técnica da Advocacia Pública. Do contrário, letra morta seria a previsão que determina a função dos advogados públicos de orientar a administração na aplicação do direito, de forma que eventual intervenção dos gestores ou agentes políticos na atividade cognitiva desenvolvida pelos procuradores atentaria contra a própria legalidade.

Nesse sentido, Diogo Moreira Neto<sup>68</sup>, explica:

“[...] as atividades desenvolvidas pelos *advogados de Estado* se situam inequivocamente no plano das *atividades-fim*, ou seja: *são ações voltadas ao estabelecimento, à manutenção, ao cumprimento e ao aperfeiçoamento da ordem jurídica* e, apenas secundariamente, referidas ao aparelhamento do Estado.

Com efeito, o dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais é *indiscutivelmente o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica [...]*”. (Grifos do autor).

<sup>67</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. *Para que serve o advogado público*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10118/para-que-serve-o-advogado-publico> Acesso em: 23 jun.2016.

<sup>68</sup> GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.41.

Portanto, dada a importância e responsabilidade que essa “manutenção, cumprimento e aperfeiçoamento da ordem jurídica” representam, outro ponto acaba surgindo como consequência, que é a existência de independência técnica da advocacia pública.

### 3.3 A INDEPENDÊNCIA TÉCNICA DA ADVOCACIA PÚBLICA

A questão aqui abordada foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Nas primeiras vezes que o Pretório Excelso debruçou-se sobre a questão, foi interpretando dispositivos de Constituições Estaduais<sup>69</sup> que asseguravam às suas procuradorias autonomia funcional, administrativa e financeira. Nestas oportunidades, decidiu-se que a atribuição dessa autonomia a órgãos de Advocacia Pública poderia comprometer a função precípua do Executivo, já que estas prerrogativas pertenciam ao Ministério Público, não sendo extensíveis à Advocacia Pública.

Passado algum tempo, novamente a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal<sup>70</sup>, em situação idêntica, onde a Constituição de determinado estado-membro havia conferido independência funcional aos procuradores integrantes da carreira.

Neste julgamento, segundo o registro de Claudio Madureira<sup>71</sup>, a despeito de ter-se mantido o entendimento dos julgamentos anteriores, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se, em *obiter dictum* que os advogados públicos por estarem

<sup>69</sup> ADIs 217/PB e 291/MT, que impugnavam dispositivos das CEs da Paraíba e Mato Grosso.

<sup>70</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 96 E 100, I E III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS PROCURADORES ESTADUAIS. Perda do objeto do feito em relação ao art. 96 e ao inciso III do art. 100 da Carta amazonense, tendo em vista posteriores modificações nos textos normativos impugnados. O inciso I do mencionado art. 100, por sua vez, ao atribuir independência funcional aos Procuradores do Estado do Amazonas, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Ação julgada procedente, tão-somente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 100 da Constituição do Amazonas. (STF - ADI: 470 AM, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 01/07/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 11-10-2002).

<sup>71</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p.235-236.

submetidos ao estatuto da OAB (Lei 8906.94) possuem *independência técnica* que caracterizaria a sua autonomia profissional. Tal manifestação deu-se no debate do Min. Sepúlveda Pertence com o Ministro Marco Aurélio. Este último ponderou:

Não consigo imaginar que, de uma atuação fidedigna aos próprios interesses do Estado – e refiro-me não só ao primário, mas, ainda, aos secundários – passe-se para algo que submeta os Procuradores a um direcionamento infestável quanto aos atos que devem ser praticados, quer em processos administrativos, quer, principalmente em processos jurisdicionais.

[...]

Na hipótese dos autos, lidamos com profissionais que, tais como médicos e engenheiros, devem ter ampla liberdade na definição do que há de ser veiculado, ou não, para a boa defesa do estado.

[...]

Não vejo como sacar do artigos 131 e 132 da Constituição Federal um dispositivo, um trecho que, interpretado, conduza à conclusão de conflito do que disposto na Constituição do Estado do Amazonas relativamente à autonomia, repito, do Procurador, na atuação profissional, com o que estabelecido como diretriz para a atividade desenvolvida.

Peço vênica ao nobre relator e aos colegas que o acompanham para assentar que não há o mencionado conflito. Ao contrário, a independência prevista, no texto, condiz com a atuação a ser exercida e é ínsita a essa atuação, considerado um grau, como disse, de responsabilidade pública maior.

Neste passo, embora se tenha reconhecido a independência técnica dos procuradores, concluiu-se pela impossibilidade de ser cogitada a independência funcional<sup>72</sup>, razão pela qual o integrante da advocacia pública, para transigir ou compor com a outra parte, necessita, invariavelmente, de autorização de seus superiores na procuradoria.

Alguns anos depois, analisando novamente a questão da autonomia funcional prevista para a Procuradoria de determinado Estado em sua Constituição Estadual<sup>73</sup>,

<sup>72</sup> A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 127, § 1º, a independência funcional como um dos princípios institucionais do Ministério Público. Traduz-se no livre convencimento de cada um de seus membros, não havendo vinculação destes a pronunciamentos processuais anteriores.

<sup>73</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. RESTRIÇÃO DO PODER DO CHEFE DO EXECUTIVO. PRERROGATIVAS AOS PROCURADORES DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. A Constituição do Estado do Mato Grosso, ao condicionar a destituição do Procurador-Geral do Estado à autorização da Assembleia Legislativa, ofende o disposto no art. 84, XXV e art. 131, § 1º da CF/88. Compete ao Chefe do Executivo dispor sobre as matérias exclusivas de sua iniciativa, não podendo

o Supremo Tribunal Federal com outra composição, mais uma vez concluiu pela ausência de independência funcional da advocacia pública já que esta se submeteria ao princípio hierárquico.

No entanto, o voto divergente do Ministro Dias Toffoli concluiu que a advocacia pública não se insere no poder executivo, já que vem tratada no Título IV que estabelece as funções essenciais à justiça e, por esta razão, não estaria sujeita a interferência dos outros poderes em sua organização administrativa. Também divergindo do relator, a Ministra Carmen Lúcia, votou pela autonomia da advocacia pública, já que sua subordinação ocorreria somente para assuntos internos, em sua organização hierárquica.

Já o ministro Ayres de Britto, divergindo dos ministros Dias Toffoli e Carmen Lúcia, concluiu que o art. 131, por trazer a competência do assessoramento e consultoria do Executivo, estaria vinculada a este Poder, pois faria “*parte da ossatura institucional do Poder Executivo*”. Contudo, ao proferir seu voto demonstrou especial preocupação com sua dúvida acerca “independência técnica” dos integrantes da carreira da Advocacia Pública.

No entanto, o Ministro Marco Aurélio, interveio afirmando que esse ponto não estaria em discussão naquele julgamento, o que demonstra que a questão relativa à autonomia técnica (ou independência técnica) não foi enfrentada e, muito menos rechaçada.

Desta feita, acerca deste tema, o que temos, por enquanto, é a afirmação, em *obiter dictum*, proferida no julgamento da ADI n. 470, que a autonomia ou independência técnica do advogado público decorreria do Estatuto do Advogado

---

tal prerrogativa ser estendida ao Procurador-Geral do Estado. A Constituição Estadual não pode impedir que o Chefe do Poder Executivo interfira na atuação dos Procuradores do Estado, seus subordinados hierárquicos. É inconstitucional norma que atribui à Procuradoria-Geral do Estado autonomia funcional e administrativa, dado o princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da Administração Pública. O cargo de Procurador Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o Procurador Geral entre membros da carreira ou não. Precedentes. A garantia da inamovibilidade é conferida pela Constituição Federal apenas aos Magistrados, aos membros do Ministério Público e aos membros da Defensoria Pública, não podendo ser estendida aos Procuradores do Estado. Em síntese, a autonomia conferida aos Estados pelo art. 25, caput da Constituição Federal não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória. Precedentes. Ação direta julgada parcialmente procedente (ADI 291 / MT - MATO GROSSO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 07/04/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010)

(art. 7º, I e 31, § 1º, da Lei 8.906/94)<sup>74</sup>, não se confundindo com a chamada autonomia funcional que é garantia dos membros do Ministério Público, razão pela qual, também não seria permitido a eles dispor ou reconhecer direitos em juízo sem a autorização dos superiores hierárquicos.

Nesse passo, especialmente ao analisarmos o julgamento da ADI 470 e a ADI 291, temos que o Supremo, posicionou-se no sentido de que os advogados públicos possuem a independência técnica (denominação utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Britto) que decorre da própria previsão legal contida na Lei 8.906/94, conforme citado.

Trazendo mais argumentos pela existência da citada autonomia, Claudio Madureira, analisando o julgamento de mandados de segurança<sup>75</sup> impetrados contra decisões do Tribunal de Contas da União que passou a entender que os advogados públicos podem ser responsabilizados quando emitem pareceres vinculantes, explica que o “ponto de vista assumido nessas manifestações pretorianas é o de que os advogados públicos quando exaram manifestações vinculantes, participam da construção da vontade administrativa”<sup>76</sup>, sendo esse o motivo pelo qual podem vir a sofrer responsabilização pessoal quando essas manifestações não podem ser ignoradas pelo administrador. Assim, se essas manifestações “não podem ser descumpridas, é natural que se conclua, com base nesses mesmos precedentes, que esses opinamentos são lavrados com a necessária independência (ou autonomia) técnica”<sup>77</sup>. Do contrário, não haveria que se falar em pareceres vinculantes, já que “seria suficiente à sua inobservância simples determinação aos procuradores para que os modificassem, de modo a adequá-los aos desígnios pessoais e/ou políticos dos governantes ou de outros agentes públicos que ocupam posições de gestão na Administração”<sup>78</sup>. E conclui que “ou os advogados públicos ostentam independência (ou autonomia) técnica, ou não se cogita, em qualquer

<sup>74</sup> Art. 7º, I, Lei nº 8.906/94. “Art. 7º. São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; [...]”.

Art. 31, § 1º, Lei nº 8.906/94. “Art. 31, § 1º: O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

<sup>75</sup> Mandados de Segurança nºs 24.584 e 24.631, relatados pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, respectivamente.

<sup>76</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 241.

<sup>77</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 241.

<sup>78</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 241.

hipótese, da sua responsabilização nos moldes aventados pelo Excelso Pretório nesses julgamentos”.<sup>79</sup>

Nesse caminho, parece-nos inafastável a conclusão acerca da autonomia técnica da Advocacia Pública, já que, quer em razão da atividade exercida (controle interno de juridicidade tanto na consultoria quanto na representação judicial e extrajudicial), quer em razão da legislação de regência (estatuto do advogado), essa prerrogativa acaba sendo inerente à função.

Por fim, ultrapassada a questão da independência técnica, que como afirmamos é intrínseca à Advocacia Pública, temos de analisar a necessidade de uniformização de entendimentos jurídicos, bem como a exigência de autorização superior para que o procurador realize composição, reconhecendo o direito do administrado.

Como dissemos, a advocacia pública submete-se e tem como dever, a observância do ordenamento jurídico, cabendo a ela, toda vez que verificar algum equívoco perpetrado pela administração, reconhecê-lo. No entanto, tal com assentado no julgamento da ADI 470, para tanto, dependerá de autorização dos seus superiores hierárquicos na procuradoria.

Assim, por tudo que analisamos até o momento, estando vinculado o advogado ao ordenamento jurídico, não nos parece possível que a subordinação ou necessidade de autorização para reconhecer a pretensão em litígio possa ser deferida a pessoa que esteja fora da Advocacia Pública, não cabendo, ao Chefe do Executivo, ou qualquer outra autoridade que esteja fora dos quadros da procuradoria essa análise, especialmente porque não estamos a tratar de decisão política, mas sim, técnica.

Nesse mesmo trilho é a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence na já citada ADI nº 470 que, ao refutar a chamada independência funcional, aduz que o entendimento contrário levaria a possibilidade de o advogado público, “sem a autorização de seus superiores, de reconhecer o direito posto em Juízo” e que tal conclusão seria “incompatível com a organização hierarquizada da Advocacia-Geral”.

---

<sup>79</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 241.

Por esta mesma razão se faz extremamente importante que a advocacia pública uniformize e dê publicidade aos seus posicionamentos jurídicos, uma vez que assim agindo, fornece aos intérpretes a fundamentação necessária para a justificação dos atos de disposição. Com efeito, merecem destaque os mecanismos que poderão ser utilizados para tanto.

## 4 MECANISMOS DISPONÍVEIS AOS INTERPRÉTES PARA PROMOVER A DISPOSIÇÃO SOBRE DIREITOS E INTERESSES DEDUZIDOS EM JUÍZO PELO PODER PÚBLICO

O atendimento ao princípio da legalidade obriga à Administração a pautar as decisões administrativas sempre na observância das regras e princípios constitucionais, tendo como destino efetivação do interesse público.

Por tal razão, aquele responsável pela condução do processo que levará a tomada de decisão tem, por óbvio, o dever de dar cumprimento à ordem jurídica estabelecida. Desta feita, a advocacia pública, como fiscal da legalidade que é, não tem alternativa que não fiscalizar a sua aplicação, de maneira a combater a litigiosidade excessiva implementando a eficiência e a supremacia do interesse público.

### 4.1 UMA BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

Antes de adentrarmos especificamente na questão atinente à indisponibilidade do interesse público, devemos elucidar o que se entende por interesse público, demonstrando algumas divergências acerca do tema. Desde já se faz necessário esclarecer que os poderes e prerrogativas da Administração tem o propósito de garantir a integral fruição dos direitos subjetivos estabelecidos pelo ordenamento, não podendo ser utilizados como um empecilho à realização desses direitos. Por essa razão, fala-se em “dever-poder”<sup>80</sup> de atuação.

Neste passo, a utilização do argumento da indisponibilidade do interesse público de sorte a não permitir transação e composição em matéria tributária, parece estar dissociada do efeito nefasto que muitas vezes esse enrijecimento causa, especialmente no que se refere à pacificação social e a segurança jurídica, gerando

---

<sup>80</sup> “A Administração na competência que lhe é atribuída para curar dos interesses públicos, de onde lhe decorre um poder de agir, tem em contrapartida um dever de atuar, configurando antes tal atribuição um dever-poder, do que um poder-dever”. (BEZNOS, Clovis. *Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos*. Revista de Direito Público, São Paulo, ano 23, n. 93, p. 138, jan./mar.1990)



entraves que demonstram a ineficiência dos tradicionais mecanismos de resolução de litígios de natureza tributária <sup>81</sup>.

Não por outra razão na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília – DF, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal editou-se o seguinte enunciado:

Enunciado 60: As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.<sup>82</sup>

É fato, portanto, que o argumento da indisponibilidade como óbice à conciliação ou transação, acaba por violar a própria razão de sua existência, que é o interesse público. Feitas essas considerações, passaremos a abordar o conceito de interesse público, havendo na doutrina, diversos entendimentos<sup>83</sup> acerca desse conceito.

Uma primeira proposta o relaciona com a realização de interesses individuais, sendo comum nos Estados Unidos e Reino Unido, países vinculados à tradição anglo-saxã. Para essa doutrina, o interesse público seria o “interesse comum e homogêneo da totalidade ou da maior parte do povo”<sup>84</sup>, assim, qualquer interesse privado poderia ser considerado como público, desde que haja o interesse da maioria. Decorrente da primeira, temos uma concepção intermediária, no sentido

<sup>81</sup> A lentidão dos processos judiciais e as insatisfações dos contribuintes que têm suas demandas eternizadas refletem o atual quadro de absoluta ineficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos de natureza tributária. (BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. *Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo Código de Processo Civil Brasileiro*. REVISTA PGFN – edição especial, Novo Código de Processo Civil. 2017, p. 59).

<sup>82</sup> Justificativa: O Enunciado se justifica na medida em que a doutrina e a jurisprudência do direito administrativo apontam para a indisponibilidade e supremacia do interesse público a ponto de não admitir a possibilidade de conciliação ou transação, exceto se autorizada por lei. No que diz respeito à União, direto ou indiretamente, a autorização legislativa é conferida pela Lei n. 9469, de 10 de julho de 1997. Considerando-se as usuais resistências dos órgãos e autoridades à cultura da conciliação, agora, fortalecida com a nova linha principiológica adotada pelo Novo Código de Processo Civil, revela-se pertinente o estabelecimento do presente Enunciado para reforçar a ideia de que o que é indisponível é o interesse público, e não os recursos públicos, que devem atender a sua finalidade, inclusive de quitação de dívidas e direitos devidos pelo Poder Público. (I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Caderno de Propostas de Enunciados Admitidas, Conselho da Justiça Federal/DF)

<sup>83</sup> Cf. in: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 47-49.

<sup>84</sup> JUSTEM FILHO, Marçal *Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n 26, 1999, p.119.

que nem todo interesse privado pode transformar-se em público, mas só aqueles que transcendessem a individualidade, gerando uma homogeneidade coletiva. Dessa, ainda decorrem outras duas variantes. Uma que defende o pressuposto da maioria, e a outra que entende que em alguns casos, por tratar-se de interesses privados especiais, não se faria necessário esse requisito.

Já uma segunda teoria, entende que o interesse público é aquele ligado ao interesse da sociedade. Nessa hipótese, “o interesse público era considerado superior à mera soma dos interesses individuais, sendo superior e mais perene que eles”<sup>85</sup>.

Outra posição aponta o interesse público como a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, dissociando-o da ideia da maioria, já que, por vezes, o interesse público reflete interesses das minorias. Desse modo, o interesse público é associado “à realização dos princípios e valores fundamentais, especialmente à dignidade da pessoa humana”<sup>86</sup>. Tal entendimento sofre diversas críticas<sup>87</sup>, especialmente pelo fato de que ao atrelar o conceito à dignidade da pessoa humana, esquece-se de diversos outros valores e princípios de mesma importância, e, ainda, em razão do conceito indeterminado de dignidade da pessoa humana, que seria mais fluído que o próprio conceito de interesse público.

Por fim, temos o posicionamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que associa o interesse público aos interesses reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Para ele, “ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isso é, ao interesse pessoal de cada um”<sup>88</sup>. Contudo, alerta sobre o risco de se “promover a separação absoluta entre ambos”, não havendo “interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade”<sup>89</sup>. Assim

---

<sup>85</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo*. In: Sarmento Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03.

<sup>86</sup> JUSTEM FILHO, Marçal. Ob. cit. P.124.

<sup>87</sup> SILVEIRA, Raquel Dias. *Princípio da Supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado*. In: BARCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse Público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Melo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.364.

<sup>88</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, Cit. p.59.

<sup>89</sup> Ob. cit. p. 59.

sendo, “o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos direitos individuais”<sup>90</sup>, sendo formado pelos “interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”<sup>91</sup>.

Nessa linha, só haverá interesse jurídico, capaz de gerar direito subjetivo, quando o Poder Legislativo qualificar esse interesse fazendo com que ele ingresse no ordenamento jurídico.<sup>92</sup>

Utilizando desse entendimento, segundo o qual o interesse público corresponde ao interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida<sup>93</sup>, fincamos mais uma premissa desse trabalho. Já que não há que se falar em interesse público, sem que esse dito interesse esteja assimilado pelo ordenamento jurídico.

Vale o alerta feito por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>94</sup> de que seria um grave equívoco pensar que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, sendo simplista e perigoso entendê-lo como qualquer interesse do ente público. Isso, pois, o Estado por ser pessoa jurídica e conviver com demais sujeitos de direito, pode ter, também, interesses individuais, ou privados, não podendo estes, serem considerados como interesses públicos. Estes interesses privados do Estado, ou secundários<sup>95</sup>, só podem ser buscados quando coincidentes com o interesse primário<sup>97</sup>, sendo que só esse último pode ser caracterizado como interesse público.

---

<sup>90</sup> Ob. cit. p.60

<sup>91</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de “interesse público”, cit. p.182.

<sup>92</sup> Nessa linha, “o interesse individual de um indivíduo, ou de um grupo isolado deles, de que não exista o instituto da desapropriação, não está apto as gerar direitos subjetivos (e por isso não constitui interesse jurídico) precisamente porque não foi acatado pelo Poder Legislativo, qualificando-se, assim, como simples interesse individual de cunho pragmático”. (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 54).

<sup>93</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, Cit. p.72.

<sup>94</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, Cit. p.65.

<sup>95</sup> A doutrina italiana de Renato Alessi (*sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 197), propôs a classificação entre interesses primários e secundários do Estado. Segundo essa corrente, alguns interesses defendidos pelo Estado, por vezes, não correspondem ao interesse primário (público), caracterizando-se, portanto, como secundários. Esses interesses correspondem àquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina de interesses particulares ou individuais do Estado.

<sup>96</sup> Mas os próprios interesses públicos também se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a que parte da diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos secundários

#### 4.1.1 Comentários acerca da supremacia e indisponibilidade

Delineados os contornos gerais acerca do conceito de interesse público adotado no presente trabalho, podemos evoluir para analisarmos a supremacia do interesse público sobre o privado, e posteriormente analisarmos a questão de sua indisponibilidade.

Pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado, entende-se a prerrogativa conferida à Administração de limitar direitos individuais quando imprescindível ao atendimento do interesse público. Vale destacar que, esse princípio se aplica ao próprio Estado, que como vimos, também é possuidor de interesses privados.

Logo, como foi dito, não há interesse público sem que este esteja assimilado pelo ordenamento jurídico, correspondendo, assim, à ideia de juridicidade. Nesse passo, caberá à administração concretizar o ordenamento jurídico, observando, sempre, os direitos subjetivos assegurados aos indivíduos.

Por esta razão, na implementação do interesse público devem os agentes públicos ter como norte, sempre, a correta aplicação do direito, ainda que isso implique na renúncia de seus interesses particulares (ou secundários).

Acerca do tema, Claudio Madureira<sup>98</sup>, defende, assim, que a Administração Pública deve predispor-se, sempre, à correta concretização do direito, mesmo quando essa postura puder gerar maiores gastos ao Poder Público, ou prejudicar a arrecadação de receitas, já que isso é imposto pelo princípio da legalidade e pela supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, que também podem ser utilizados para obstar a concretização de interesses exclusivamente privados do Estado.

---

só são legítimos quando forem instrumentais para o atingimento dos primários. (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 16.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.5).

<sup>97</sup> A denominação “interesse secundário” do Estado sofre críticas da doutrina de Ricardo Marcondes Martins, já que, segundo o autor, esse interesse não possui autonomia, sendo reconhecido pelo ordenamento somente se forem instrumentais ao interesse público. Cf. in MARTINS, Ricardo Marcondes. *Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema*. Revista Trimestral de Direito Publico, São Paulo, n. 54, 2011, p.201.

<sup>98</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.86.

Feitas essas considerações acerca do interesse público e de sua supremacia sobre os ditos interesses particulares, passaremos a análise de sua (in)disponibilidade.

Acerca da indisponibilidade, temos que a expressão, tradicionalmente, designa uma categoria de direitos ou interesses que, em razão de sua efetiva proteção pelo ordenamento jurídico, acabam tornando-se irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis. Por óbvio, que entre os direitos considerados indisponíveis, encontra-se o patrimônio público.

Por muito tempo entendia-se como passíveis de resolução consensual, somente os direitos ditos disponíveis. Esse entendimento tradicional, conforme veremos, tem sofrido uma constante evolução, ganhando especial relevo quando analisarmos a possibilidade da celebração de transação e composição. Atualmente, fala-se<sup>99</sup> em direitos disponíveis, direitos indisponíveis e direitos indisponíveis transacionáveis, de sorte que, considerar determinado interesse como indisponível não acarreta a sua imediata inegociabilidade. Um exemplo de indisponibilidade comumente utilizado refere-se aos direitos fundamentais. Entretanto, acerca do tema, Virgílio Afonso da Silva questiona:

“é comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à e à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar?”<sup>100</sup>

Assim, a busca por um aprofundamento acerca do tema “poderia, de início, suscitar algumas contradições entre a história e a função primordial dos direitos fundamentais, de um lado, e características como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, de outro.”<sup>101</sup> Isso pois, “os direitos fundamentais, junto com (sic) a

---

<sup>99</sup> Sobre o tema VENTURINI, Elton. *A transação de direitos indisponíveis*. REPRO. v. 251 (Janeiro 2016).

<sup>100</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2014, p.167.

<sup>101</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2014, p.167.

separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais”<sup>102</sup> e tiveram importante função, “não somente na sua origem, mas também nos dias atuais como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais”<sup>103</sup>.

Desta feita, “se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-lo, de deles dispor ou de a eles renunciar”<sup>104</sup>.

O direito a essa renúncia, derivaria do próprio direito à liberdade, decorrendo da essência dos direitos fundamentais. Esse posicionamento “embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoria liberal acerca dos direitos fundamentais.”<sup>105</sup>

Assim, abordando a questão da indisponibilidade, Elton Venturini<sup>106</sup> esclarece que “mesmo que idealizada como decorrência da inalienabilidade e da irrenunciabilidade dos direitos assim qualificados, não pode implicar presunção de inegociabilidade”. Nesse raciocínio, pontua ao menos três motivos para sustentar essa afirmativa: primeiro, pois a renúncia e alienação de direitos não são pressupostos da transação, havendo diferentes modelos negociais com resultados diversos; segundo, porque ao se transacionar não se estaria afastando a indisponibilidade, mas sim a reafirmando, em prestígio à autonomia da vontade. E, terceiro, porquanto não seria razoável simplesmente restringir o exercício da titularidade desses direitos indisponíveis utilizando-se de abstratas presunções de que se estaria a tutelar tais interesses de acordo com a incapacidade de manifestação da vontade dos tutelados. Desta feita, aponta na representatividade adequada, bem como na diversidade e legitimidade de fóruns (administrativos, judiciais e privados), como o caminho para que se possa tutelar adequadamente tais

---

<sup>102</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2014, p.167.

<sup>103</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2014, p.167.

<sup>104</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2014, p.167.

<sup>105</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2014, p.167.

<sup>106</sup> VENTURINI, Elton. *A transação de direitos indisponíveis*. REPRO. v. 251 (Janeiro 2016).

interesses, sendo que negociar, ainda que direitos “indisponíveis”, pode se mostrar como a melhor alternativa à efetiva proteção.

O sistema então vigente necessitava de aprimoramento, sendo que o novo Código de Processo Civil com seu sistema multiportas e sua principiologia de autocomposição, acabou por positivar essa mudança de paradigma. A resolução de conflitos relativos a direitos indisponíveis exclusivamente pela jurisdição estatal não se mostrou como a melhor opção, devendo ser buscado pela Administração outras vias adequadas<sup>107</sup>. Nesse trilha, temos que a existência de instituições solidamente estabelecidas, tais como a advocacia pública, o ministério público, a defensoria pública e demais entidades legitimadas, a depender do caso concreto, permite a tutela adequada desses direitos<sup>108</sup>. Para maior segurança jurídica dos advogados públicos na implementação e desenvolvimento da autocomposição<sup>109</sup>, nos moldes da previsão contida na “Lei de Mediação”<sup>110</sup>, devem ser responsabilizados, civil e criminalmente, por atos praticados em conciliações, mediações e arbitragens,

<sup>107</sup> Nesse sentido o enunciado n. 60 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.”

<sup>108</sup> Nessa linha estabelece o enunciado n.40 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Nas mediações de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, judicializados ou não, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, dentre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades do terceiro setor representativas que atuem na matéria afeta ao conflito.

<sup>109</sup> A Lei nº 13.140/2015 ao disciplinar, a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, bem como avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, e celebrar, quando couber, termo de ajustamento de conduta (art. 32). A submissão dos conflitos a essas câmaras é facultativa, tendo o referido artigo redação parecida com a do art. 174 do CPC, sendo que no código não se faz menção à hipótese de prevenção de litígios, e a instalação dessas câmaras é imperativa, sendo o seu funcionamento previsto na forma como regulamentada pelo respectivo. Havendo o consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. Destaca, ainda, o art. 32 que não se incluem na competência dos órgãos nele mencionados as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo e por fim, prevê expressamente que se inclui na competência dessas câmaras a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

<sup>110</sup> Lei n. 13.140/15, art. 40: Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

somente se mediante dolo ou fraude, receberem vantagens indevidas facilitarem sua recepção por terceiro, ou concorrerem para tal.<sup>111</sup>

#### **4.1.2 Da suposta inegociabilidade do interesse público**

Nesse contexto, a busca pela efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados, vem causando um amadurecimento da ideia de negociabilidade de direitos e interesses até então tidos como inegociáveis. No meio ambiente, por exemplo, discute-se acerca do “direito de poluir” por meio da utilização de créditos de carbono, sendo essa a alternativa encontrada para uma melhor proteção ao direito tutelado, incentivando práticas protetivas que desestimulem o poluidor. Em que pese isso ser uma realidade mundial, no Brasil, nosso sistema costuma cultivar a inegociabilidade desses direitos, devendo essa realidade ser superada.

Com relação a probidade administrativa, está expressamente<sup>112</sup> prevista na Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) a vedação às soluções consensuais. Contudo, no conflito entre a responsabilização dos infratores e a mais completa reparação dos danos gerados (patrimoniais e extrapatrimoniais), deve prevalecer a efetividade da reparação. Assim, parece-nos que a vedação às soluções consensuais acaba limitando a proteção efetiva, já que hoje existe um plexo de institutos consensuais, que por vezes poderiam colaborar, e muito, com a razão de ser da norma (efetiva tutela dos interesses nela veiculados).

A título de exemplo, cita-se a delação premiada, que tem ganhado protagonismo na solução de crimes complexos e ressarcimento de danos causados. Poderia o instituto ser utilizado buscando a efetiva reparação? Sobre o tema explica Elton Venturini que havendo previsão legal para o mais (pretensão punitiva), “com maior razão deve se entender aplicável o mesmo regime jurídico, quando for o caso,

---

<sup>111</sup> Nesse sentido, o enunciado n. 61 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “Os gestores, defensores e advogados públicos que, nesta qualidade, venham a celebrar transações judiciais ou extrajudiciais, no âmbito de procedimento de conciliação, mediação ou arbitragem, não responderão civil, administrativa ou criminalmente, exceto se agirem mediante dolo ou fraude.

<sup>112</sup> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. (...)



à pretensão sancionatória cível relativa à punição por atos de improbidade administrativa”<sup>113</sup>.

Sinalizando para essa evolução, a lei de mediação (Lei n. 13.140/15) estabeleceu em seu art. 36, § 4º <sup>114</sup>, autoriza conciliação quando o objeto do litígio estiver sendo discutido em ação de improbidade administrativa ou em que haja decisão do Tribunal de Contas da União, desde que nesse caso, haja a anuência expressa do juiz da causa ou ministro relator, sendo que nesse ponto, parece-nos ter havido a revogação tácita do dispositivo da lei de improbidade administrativa que vedava soluções consensuais sobre aqueles interesses.

Por fim, vale observarmos, diversos institutos do direito penal e processual penal, que admitem transação envolvendo, direta ou indiretamente, o direito de liberdade, direito individual fundamental, considerado indisponível. Como exemplo mais evidente deste processo penal negocial temos o *plea bargain* do direito norteamericano, onde o acusado colabora para o deslinde do processo, em troca da redução das penas, ou redução da imputação a ser-lhe feita.

No Brasil, também podemos citar vários institutos, que demonstram a negociabilidade do direito a liberdade. Assim, além da delação premiada<sup>115</sup> que já citamos, temos também o acordo de leniência<sup>116</sup> e, na lei de juizados especiais

<sup>113</sup> VENTURINI, Elton. *A transação de direitos indisponíveis*. REPRO Vol. 251 (Janeiro 2016).

<sup>114</sup> Art. 36. (...) § 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

<sup>115</sup> Art. 4 da Lei n.º 12.850/13: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (...).

<sup>116</sup> Lei n. 12.846/13, Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. (...) § 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. (...)

criminais (Lei 9.099/95), a transação penal<sup>117</sup>, o *sursis* processual<sup>118</sup> e a reparação dos danos civis<sup>119</sup>, como exemplo, da aplicação de mecanismos consensuais na esfera criminal. Acerca do tema, “afirmar que a indisponibilidade impede qualquer concessão a respeito dos direitos coletivos é uma conclusão bastante simplória para um problema complexo”<sup>120</sup>. Assim, desconstruindo a indisponibilidade dos direitos civis coletivos, Donizete e Cerqueira<sup>121</sup> questionam: “Se até no Direito Penal admite-se a transação, por qual razão a indisponibilidade constituiria óbice intransponível à transação envolvendo direitos civis coletivos?”.

Portanto, é evidente que a evolução acerca da negociabilidade de direitos indisponíveis vem sendo trilhada como um caminho na busca da efetividade do bem jurídico protegido, razão pela qual, o conceito de indisponibilidade não pode mais ser visto de forma absoluta.

A maneira como o assunto até então vem sendo tratada demonstra um “exacerbado e persistente paternalismo perceptível no sistema de justiça brasileiro, que em muitos casos escraviza bem mais que liberta, retrocede bem mais do que avança a verdadeira proteção dos direitos fundamentais”<sup>122</sup>. Mais especificamente

<sup>117</sup> Lei 9.099/95, Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.(...)

<sup>118</sup> Lei n. 9.099/95, Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. (...)

<sup>119</sup> Lei n. 9.099/95, Art. 89.(...) § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; (...)

<sup>120</sup> DONIZETTI, E; CERQUEIRA, M.M. *Curso de Processo Coletivo*: contém jurisprudência temática e índice alfabético por assunto. São Paulo: Atlas, 2010, p.313.

<sup>121</sup> DONIZETTI, E; CERQUEIRA, M.M. *Curso de Processo Coletivo*: contém jurisprudência temática e índice alfabético por assunto. São Paulo: Atlas, 2010, p.313.

<sup>122</sup> VENTURINI, Elton. *A transação de direitos indisponíveis*. REPRO Vol. 251 (Janeiro 2016).

no campo tributário, temos que a atual sistemática de tutela não se mostra apta a proteger e efetivar aquilo que se propõe, devendo, assim, ser revista.

Neste ponto, a ideia de indisponibilidade do interesse público como um interesse insuscetível de negociação, só é defensável quando pensamos no aspecto dos deveres éticos e morais da administração e seus gestores. Portanto, o que não se amoldar ao ordenamento jurídico, deve ser revisto e o que puder ser feito para otimizar a eficiência administrativa deverá ser implementado.

Parte da doutrina, no entanto, sustenta que eventuais atos de disposição, só poderiam ser implementados se houvesse legislação de regência que assim estabeleça. Contudo, esse raciocínio não pode ser aplicado quando a conduta conflita com a lei, já que litigar em contrariedade com o ordenamento é vedado pelo plexo de princípios que regem o agir administrativo.

Nesse sentido, Claudio Madureira<sup>123</sup> explica que a autorização legislativa “pode ser extraída da própria Constituição porque decorre da aplicação direta dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público”.

Portanto, se o papel de interpretar o ordenamento jurídico cabe à advocacia pública, a ela caberá a decisão administrativa de dispor de suposto direito quando se verifica que este contraria o interesse público (ordenamento jurídico). Assim, em que pese não caber ao agente público esta disposição, é papel precípua da advocacia pública fiscalizar a implementação da legalidade e eficiência. O Estado não possui o direito de defender erros em juízo, devendo desde logo reconhecê-los.

Por tal razão, entendemos que a ausência de regulamentação específica não impede a realização de medidas que visem o reconhecimento de direitos garantidos aos administrados. Evidentemente que, nessa hipótese a decisão administrativa deve ser suficientemente motivada, com a demonstração da necessidade do reestabelecimento do ordenamento jurídico.

Para tanto, a advocacia pública dispõe de alguns instrumentos, ou mecanismos que devem ser implementados por meio da composição. A título de exemplo podemos citar a dispensa de apresentação de defesa, que pode caracterizar-se

---

<sup>123</sup>MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 317.

como um reconhecimento da procedência do pedido, autorização para desistência de ações propostas ou renúncia do direito que fundamenta o litígio, dispensa de apresentação de recursos ou desistência daqueles já interpostos.

#### 4.2 DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA E AUTORIZAÇÃO PARA RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

De tudo o que foi visto, depreende-se que o princípio da legalidade impõe ao servidor público a observância do ordenamento jurídico, estando hoje atrelado ao conceito de juridicidade. Assim, sendo a Administração demandada, caberá à advocacia pública a representação judicial e extrajudicial do poder público.

Contudo, a diversidade de esfera de atuação dos servidores públicos, aliado ao fato de que eles muitas vezes atuam sem a orientação jurídica devida, não é incomum que o Estado acabe por se posicionar de forma contrária ao direito no exercício da função administrativa. Nessas hipóteses, tem o advogado público, o dever de não apresentar defesa, devendo, para tanto, buscar a autorização de sua chefia para reconhecer a pretensão da outra parte, acarretando a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art.487, III, a, do CPC<sup>124</sup>.

Nesse trilha, a supremacia do interesse público sobre o seu interesse privado obriga a Administração a reconhecer a procedência do pedido do autor. Poderá a legislação de cada ente público prever essa hipótese, bem como o caminho a ser seguido para tal autorização.

No entanto, a ausência de previsão legal nessa hipótese não autoriza a defesa de posturas que contrariem o direito, já que a autorização normativa, nesse caso, decorre dos princípios explícitos e implícitos da própria Constituição Federal, tais

---

<sup>124</sup> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;(...)

como a legalidade, a supremacia do interesse público, a eficiência e a dignidade da pessoa humana, com o seu decorrente princípio da pacificação social<sup>125</sup>.

Em razão do próprio princípio hierárquico, que organiza e escalona o funcionamento da administração, deverá o advogado público, solicitar autorização fundamentada ao seu superior, até mesmo para que haja uma uniformização dos entendimentos da advocacia pública.

#### **4.2.1 Autorização para desistência de ações propostas e/ou para a renúncia do direito que se funda o litígio**

Feitas as considerações acerca da dispensa de apresentação de defesa e sobre o reconhecimento da pretensão do administrado, nas hipóteses de conflito com o ordenamento jurídico, o mesmo se aplica aos casos da necessidade de desistência ou renúncia do direito que fundamenta o litígio. Destarte, naquelas ações onde a Administração demandou como autora, conflitando com o ordenamento jurídico, deverá providenciar a sua extinção, que poderá ser com ou sem a resolução de mérito, a depender do fundamento. Será com resolução de mérito acaso consista na renúncia do direito, fundamentando-se no art. 487, III, c, do CPC<sup>126</sup>. Doutro lado, teremos a extinção sem a referida resolução de mérito, quando tratar-se de desistência, devendo ser fundamentada, nesta última hipótese no art. 485, VIII, do CPC.<sup>127</sup>

Desta feita, do conjunto de princípios que foram citados no tópico anterior extrai-se a necessidade da extinção de tais demandas pela Administração. Sobre o tema, Claudio Madureira deixa claro que a indisponibilidade do interesse público não pode constituir “impedimento jurídico a que os advogados públicos disponham, em

---

<sup>125</sup> Nesse sentido Cf. in MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 319-321.

<sup>126</sup> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III - homologar: (...) c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

<sup>127</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VIII - homologar a desistência da ação;

juízo, sobre direitos e interesses transitoriamente defendidos pelo poder público, mas contrários ao Direito pátrio, torna impositivo o ato de disposição”<sup>128</sup>.

Quando se observa o passivo de processos de natureza tributária, especialmente execuções fiscais e demais processos a elas relacionados, constata-se que o dogma da indisponibilidade do interesse público, tal como até então tratado, por vezes, compromete a decisão de disposição dessas demandas, o que acaba por prejudicar todo o funcionamento do sistema executivo dos créditos da fazenda pública. Observar os índices de congestionamento dos feitos executivos fiscais deixa muito claro o que se está a afirmar.

As patologias diagnosticadas nos processos tributários, especialmente nas execuções fiscais, são reincidentes na maioria dos processos. São problemas na localização do devedor, que comprometem a citação, a constrição de bens, prescrição, responsabilização de sócios em desrespeito aos requisitos legais, etc.

A administração tem de ter estratégias de atuação na recuperação de seus créditos, sendo impossível a execução dessas estratégias sem a colaboração de todos os atores envolvidos no processo. Há um grande passivo de processos afetos à área tributária, que possuem vícios que precisam ser reconhecidos, já que à Administração não é dado litigar contra o ordenamento, devendo promover a desistência ou a renúncia toda vez que equívocos forem detectados de sorte a comprometer a demanda.

#### **4.2.2 Dispensa de apresentação de recursos e autorização para desistência de recursos interpostos**

A postura da advocacia pública na condução dos processos a ela afetos é criticada constantemente pela doutrina<sup>129</sup>, que afirma serem os procuradores

---

<sup>128</sup> MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: O processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2017, p.253.

<sup>129</sup> Sobre o tema, Danilo Cruz Madeira esclarece que “é preciso que se abandone, imediatamente, aquela concepção, tão conhecida e criticada pelos advogados privados, muitas vezes, infelizmente, com razão, de que o advogado público é um procrastinador nato, que recorre por recorrer. Tal postura afigura-se, a par de um gravame ao erário, absolutamente inconstitucional.” cf. in MADEIRA,

procrastinadores natos, sendo essa postura, contrária aos princípios implícitos e explícitos da Constituição Federal. Com a vigência do novo Código de Processo Civil e a sua nítida intenção de combate à litigiosidade<sup>130</sup>, é impensável a manutenção dessa pecha, sob pena de violação aos princípios da boa-fé objetiva (art. 5, do CPC<sup>131</sup>), da cooperação (art. 6, do CPC<sup>132</sup>), bem como aos deveres das partes (art. 77, I e II, do CPC<sup>133</sup>).

Em que pese a existência de legislações específicas<sup>134</sup> cuidando da possibilidade de dispensa e autorização para desistir de recursos interpostos, temos que a sua ausência não gera a impossibilidade de assim proceder, já que o comando normativo autorizativo decorre da própria Constituição Federal, que determina à Administração a efetiva observância do ordenamento jurídico.

#### 4.2.3 Opção pela conciliação

Iluminado pelos valores insertos na nova legislação processual, visando à concreção do interesse público, deverá o advogado público, sempre que vantajoso à consecução das finalidades primárias do Estado, optar pela conciliação.

A legislação de cada ente público poderá disciplinar a conciliação, a exemplo do que fez a União, por meio do inc. IV, do art. 4º, da Lei Complementar n. 73<sup>135</sup>, estabelecendo como atribuições do Advogado Geral da União “desistir, transigir

---

Danilo Cruz. *O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito*. Revista Virtual da AGU, ano 10, n. 107, dez. 2010.

<sup>130</sup> A técnica empregada pelo Código de Processo Civil de 2015 para enfrentamento do problema relativo às dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário para imprimir duração razoável ao processo foi fomentar a contenção de litigiosidade das partes. (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: O processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2017 p.107)

<sup>131</sup> Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

<sup>132</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>133</sup> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; (...)

<sup>134</sup> A Lei n.º 9469 em seu art. 1º -A, permite ao Advogado-Geral da União autorizar o não ajuizamento de ações e a não interposição de recursos bem como a desistência destes em determinadas hipóteses. Previsões semelhantes são repetidas em diversas leis estaduais específicas autorizando o Procurador Geral do Estado a agir de maneira semelhante.

<sup>135</sup> Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente; (...)

acordar e firmar compromissos nas ações de interesses da União, nos termos da legislação vigente”. Essa legislação federal, no entanto, limita esse poder de conciliação a valores a serem fixados em regulamento<sup>136</sup>, sendo que, acaso suplantado o valor fixado, o acordo deverá ser autorizado por outras autoridades não integrantes da advocacia pública<sup>137</sup>, sendo que a constitucionalidade desse dispositivo questionada pela doutrina<sup>138</sup>, já que essa análise é técnica-jurídica, cabendo à advocacia pública realizá-la.

Acerca da necessidade de legislação específica de cada ente público normatizando a disposição de interesses e direitos, na linha do que fora afirmado nas hipóteses anteriores, a autorização para tal postura é extraída dos princípios implícitos e explícitos da própria Constituição Federal.

#### 4.2.4 Transação Vs. Composição do litígio

Em razão do corte metodológico feito na delimitação do objeto da pesquisa, focar-nos-emos nos institutos da composição e da transação. O Código de Processo Civil, já em sua exposição de motivos, demonstra a premissa de que a efetivação do direito será melhor buscada se a resolução do litígio for criada pelas partes e não

<sup>136</sup> Registre-se que a ausência do regulamento não pode inviabilizar a autocomposição, sendo esse o enunciado 32 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios realizado pelo Conselho da Justiça Federal: enunciado 32: “A ausência da regulamentação prevista no art. 1º da Lei n. 9.469/1997 não obsta a autocomposição por parte de integrante da Advocacia-Geral da União e dirigentes máximos das empresas públicas federais nem, por si só, torna-a inadmissível para efeito do inc. II do § 4º do art. 334 do CPC/2015”. (<http://Enunciados%20Aprovados%20I%20JPS-revisado.pdf>)

<sup>137</sup> Lei n.º 9469, art. 1º, § 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput.

<sup>138</sup> “É questionável a constitucionalidade dessa limitação, quer quando se considera a especificação de valores máximos à celebração da avença, quer quando se vincula a sua concretização ao assentimento de determinadas autoridades públicas (portanto, a pessoas estranhas aos quadros da Advocacia Pública). É que, (...) a autorização normativa para a Advocacia Pública dispor sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pelo Poder Público decorre da própria Constituição, mais especificamente dos princípios da legalidade, supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, cuja incidência independe da magnitude dos valores envolvidos e/ou cargo ocupado pelo agente público que orienta a adoção dessa providência”. (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 326).



imposta pelo juiz. Por essa razão, acaba dando ênfase aos métodos autocompositivos, tais como a conciliação, que poderá se dar por meio de uma composição ou transação.

Nesse trilha, o que as diferencia, é o fundamento utilizado para a sua adoção. Isso, pois, enquanto na composição feita pela administração verifica-se uma postura conflitante com o ordenamento jurídico, sendo obrigação do poder público reconhecê-lo, na transação, teremos concessões recíprocas, a serem realizadas pela autoridade competente e administrado, nos termos e limites estabelecidos na legislação específica.

#### **4.2.5 Trâmites necessários à disposição**

Desta forma, fica evidenciado que a própria Constituição Federal autoriza a advocacia pública a utilizar mecanismos com a finalidade de extinguir demandas, seja reconhecendo um equívoco perpetrado pelo gestor público, seja transacionando nos limites da lei.

Nestas hipóteses, deverão os procuradores responsáveis pela condução do processo requerer à chefia da instituição, (a) autorização para não apresentação de defesa, com ou sem o reconhecimento da procedência do pedido; (b) autorização para desistência de ações ajuizadas ou renúncia do direito; (c) dispensa recursal ou desistência de recurso já interposto; (d) celebrar acordos mediante conciliação. Isso, pois, tais posturas colaboram para a realização do interesse público, sendo, assim, um dever funcional da advocacia pública, já que defender equívocos perpetrados pela Administração não está entre as suas atribuições, pois, como visto os interesses particulares do Estado só poderão ser defendidos quando coincidentes com o interesse público.

O mesmo se diga acaso a legislação estabeleça alguma possibilidade de transação, sendo dever do advogado público oferecer as possibilidades previstas na legislação. Tal obrigação decorre dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, entre outros.

Viola a legalidade pois, “se o direito autoriza sua implementação, o agente público não pode deixar de fazê-lo”<sup>139</sup>. Também “não há dúvida de que é imoral o procedimento da Administração Pública quando ela sabe que vai perder a ação judicial, mas insiste no prosseguimento do processo”. O mesmo se aplica, em nosso sentir, acaso exista legislação que autorize a transação e tal possibilidade não seja oferecida ao administrado. Por fim, com relação à eficiência, “se é fato que os processos custam dinheiro, o Poder Público não deve mantê-los a não ser com o propósito de assegurar o cumprimento do direito, isto é, de realizar o interesse público”<sup>140</sup>, já que a escolha do litígio, quando se antevê o insucesso, por óbvio contraria a eficiência que se exige da Administração Pública.

A partir das premissas então fixadas acerca da atuação da Advocacia Pública, serão objeto de enfoque a transação e a composição como formas de disposição em matéria tributária.

---

<sup>139</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 331.

<sup>140</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 332.

## 5 SOBRE A POSSIBILIDADE TEÓRICA DA DISPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A TRANSAÇÃO E A COMPOSIÇÃO

O cenário econômico, o desenvolvimento da sociedade e a velocidade como se dão as relações sociais demonstra que a morosidade na resolução dos conflitos muitas vezes impossibilita a efetividade da realização dos direitos e interesses envolvidos, sendo clara a opção do legislador processual de buscar a melhor concretização desses direitos por meio da tutela adequada, sistematizando um sistema de múltiplas portas que busca o aperfeiçoamento do sistema, de sorte a possibilitar a pacificação social<sup>141 142</sup> de forma mais efetiva.

No campo tributário especificamente, verifica-se, com base em observações empíricas, que o processo executivo fiscal acaba tendo um baixo índice de resgate dos créditos demandados, razão pela qual, cada vez mais, tem-se buscado alternativas e soluções ao contingenciamento de demandas, bem como ao seu ajuizamento.

Analisando dados de 2015, o Conselho Nacional de Justiça<sup>143</sup>, diagnosticou, que a cada 100 (cem) processos em tramite, apenas 8 (oito) tiveram baixa, o que demonstra de forma precisa, que a satisfação do crédito tributário na via judicial é ineficiente, gerando a alta taxa de congestionamento.

Basta ver que os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 75% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Os processos desta classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91,9%, ou seja, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2015, apenas 8 foram baixados.

<sup>141</sup> “A angústia da via cara e complicada de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mais as prolongadas esperas pelo produto acabado dos demorados processos que esta celebra formalmente, constituem fatores que, se não os agravam, impedem que o Estado possa eficazmente eliminar os conflitos que, no convívio social, conduzem à infelicidade pessoal de cada um e a atitudes de perigosa desconfiança em face das instituições estatais e descrença dos valores em sociedade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986. P.1).

<sup>142</sup> “Por suposto, a pacificação social pela via processual, decorrente da realização da justiça, exige que o processo se convolva em um efetivo instrumento de terminação de litígios, o que, como demonstra-se no presente estudo, não pode depender exclusivamente da intempestiva sentença de mérito. Nessa linha, o sistema processual deve conter mecanismos de eliminação transversal das lides, por meio da condução da autocomposição de outros meios alternativos de prestação jurisdicional”. (MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2016, p.98).

<sup>143</sup> Justiça em números 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

Desconsiderando estes processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 72,2% para 63,4% no ano de 2015 (redução de 9 pontos percentuais). A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (93,9%), e a menor, na Justiça do Trabalho (75,8%).

Ocorre que, ao pensarmos nas hipóteses de disposição de créditos tributários e seus acessórios, mediante conciliação e ou transação, muitas vezes nos deparamos com óbices, ou aparentes óbices à sua realização, o que acaba contribuindo para a ineficiência do sistema.

Este cenário demonstra a necessidade de caminhos alternativos para que possamos aperfeiçoar estes números, aprimorando os mecanismos já postos à disposição dos atores processuais. Diversas são as causas que levaram ao referido quadro, bastando recordar que até a vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal - LC 101/00 - pouco se ajuizava. Posteriormente à vigência da legislação citada, vimos uma crescente fiscalização sofrida pelos entes públicos, para que todo o crédito fosse efetivamente cobrado. Ocorre que, na maioria dos casos, não havia controle da qualidade do que efetivamente se estava a ajuizar. Quem efetivamente trabalha com processos tributários e execuções fiscais conhece o problema do grandioso número de ações ajuizadas sem requisitos mínimos que possibilitem a localização e constrição de bens de devedores. Dados incompletos, inconsistências cadastrais e outros exemplos são vistos com frequência, razão pela qual uma série de medidas vem sendo adotadas com a finalidade de efetivar o resgate do crédito, bem como a redução do grande volume ajuizado.

O processo tributário hoje, tal como o conhecemos, não funciona bem, necessitando de um efetivo aprimoramento. Nesse sentido, a eliminação de tais processos, via autocomposição, desafogaria o judiciário, implicando, por consequência, na otimização do resgate.

Nesse trilha, a litigiosidade excessiva e a dificuldade em reconhecer-se o direito do administrado acabam por contribuir sobremaneira para o excesso de contingenciamento das demandas tributárias. Assim, com base no que foi tratado no capítulo anterior, não há razão para distinguirmos a decisão administrativa de reconhecimento do direito do administrado quando a matéria tratada for a tributária.

Isso, pois, esta decisão, especialmente na composição, refere-se à legalidade da cobrança, cuja interpretação, conforme visto, é competência da Advocacia Pública. Da mesma forma, havendo lei que permita concessões a serem implementadas por meio da transação, esta, obrigatoriamente deve ser oferecida ao administrado com a finalidade de se colocar fim ao litígio. Tais espécies de autocomposição serão pormenorizadas nos tópicos subsequentes.

### 5.1 DISPOSIÇÃO NA TRANSAÇÃO (ART. 171, CTN)

Trata-se de uma forma de extinção das obrigações do direito privado, que pressupõe concessões mútuas dos interessados com a finalidade de prevenir ou extinguir um litígio<sup>144</sup>. “Transigir é acordar, pactuar. Transação é, então, o ato de transigir, onde as partes ou interessados que estão em litígio, judicial ou extrajudicial, sobre certo objeto, resolvem pôr termo à querela, mediante concessões mútuas.”<sup>145</sup> No direito privado, esta prevista no art. 840 do Código Civil, que estabelece ser “lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

O Código Tributário Nacional trouxe a previsão do instituto como uma das causas de extinção do crédito, em seu art. 156, III<sup>146</sup>, definindo-o no art. 171. Segundo tal dispositivo, “a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário”. Já seu único parágrafo, estabelece que “a lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso”.

Assim, em razão do direito ao tributo ser indisponível, só será possível falar-se em transação se esta estiver prevista em lei, que deverá fixar as condições em que poderá ser celebrada.

---

144 Art. 840, CC: “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

145 DUARTE, Francisco Leite. *Direito Tributário-Teoria e Prática*. 2 ed. ebook baseada na 2 ed. impressa. Revista dos Tribunais. São Paulo. Cap. 09. Crédito Tributário.

146 Art. 156, CTN: “Art. 15. Extinguem o crédito tributário: [...] III - a transação; [...]”.

Destarte, enquanto no direito privado o instituto tem a finalidade de prevenir ou terminar um litígio, no direito tributário, tal como previsto, o negócio jurídico tem a finalidade extintiva da obrigação tributária. Tanto o *caput* quanto o parágrafo, deixam claro a necessidade de lei do ente público competente para exigir o tributo, sendo que essa mesma lei deverá indicar a autoridade competente para a realização do negócio (transação).

Nesse trilha, Paulo de Barros Carvalho esclarece que o "*princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação*"<sup>147</sup>.

Hugo de Brito Machado<sup>148</sup> esclarece que só a autoridade prevista na lei como competente, pode autorizar a transação, dependendo assim, de previsão legal específica. Destaca, ainda, que no caso específico da transação tributária esta somente poderia ocorrer para a resolução de conflitos já existentes, não sendo possível a transação com a finalidade de preveni-los. Segundo o autor, as razões das diferenças são que, se o Estado pudesse realizá-la sem autorização do legislador, a própria estrutura jurídica do Estado restaria comprometida. E, por se tratar de uma forma anômala de extinção do crédito, não se justificaria a permissão, a não ser nos casos que efetivamente exista um litígio.

Não se discute, pois, a necessidade de autorização legal para que se possa transacionar créditos tributários. Essas leis, em razão do princípio federativo, seriam específicas de cada ente competente para a instituição do tributo, tendo a finalidade de estabelecer as condições em que a transação pode ocorrer, afastando, desta forma, discricionariedades que poderiam comprometer a disposição dos interesses envolvidos.

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes<sup>149</sup>, aponta que parte da doutrina, entende pela impossibilidade da transação do crédito tributário tendo em vista tratar-se

---

<sup>147</sup>CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 461.

<sup>148</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 211.

<sup>149</sup> Parte da doutrina prefere afastar a aplicação da transação da esfera do direito público, por tratar-se de direito indisponível, sob a alegação de que a cobrança e o lançamento do tributo são vinculados e obrigatórios, sendo esta corrente a de autores como Eduardo Ferreira, Manoel Álvares e Jorge Luiz Souto Maior (FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *Transação como forma de extinção*

cobrança plenamente vinculada, tal como estabelecido no art. 3º do Código Tributário Nacional<sup>150</sup>, não havendo opção quanto a cobrança, procedimento ou conteúdo deste crédito. Contudo, discordamos dessa opinião, já que o próprio CTN previu a possibilidade de transação, desde que observada a lei<sup>151</sup>.

Desta feita, havendo a legislação própria, estabelecendo a autoridade competente e os limites/condições, a transação (direito material) pode ser realizada por meio de conciliação, que seria a forma de instrumentalizá-la. Sobre o tema Claudio Madureira<sup>152</sup> pondera que:

A conciliação é o modo pelo qual se realiza uma transação. A transação, por sua vez, é meio hábil a prevenir ou findar um litígio, mediante concessões mútuas das partes envolvidas na controvérsia, conforme descrita pelo art. 840 do CC. (...) Mas a conciliação nem sempre tem por objeto uma transação. É que, como cediço, os litígios podem resolver-se mediante conciliação também nas hipóteses em que há simples composição entre partes litigantes.

---

*do crédito tributário: eficiência e celeridade.* In: Revista do Mestrado em Direito, Brasília, V. 7, nº1, p. 195-220, Jan-Jun, 2013, p. 211).

<sup>150</sup> Art. 3º, CTN: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

<sup>151</sup> Nesse sentido: “Só a ignorância absoluta do conceito de tributo pode levar ao equívoco, de plano afastado, segundo o qual o tributo não poderia se submeter a um procedimento de extinção de créditos fundado na solução de litígios, por recíprocas concessões, à luz do art. 3º, do CTN, quando esta mesma disposição prescreve que a “legalidade” determinará as condições da existência e da vinculação das formas de extinção. Ademais, esta prescrição nunca foi a definição de tributo – formalismo esdrúxulo que não se entende- como ressalta a doutrina mais relevante. E, por fim, sobre a extinção do crédito, é a própria Constituição que estabelece Lei Complementar como meio para instituir suas modalidades (art.146, III, “b”)(TORRES, Heleno Taveira. *Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária*. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: São Paulo: Ed. Fórum, 2008, p.308). Na mesma linha: “Para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como bem públicos em geral, é patrimônio do Estado. Indisponível na atividade administrativa, no sentido de que na prática ordinária dos atos administrativos a autoridade dele não dispõe. Disponível, porém, para o Estado, no sentido de que eles, titular do patrimônio, dele pode normalmente dispor, desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público, vale dizer, atuando pela via legislativa, e para realização dos fins públicos. Em algumas situações é mais conveniente para o interesse público transigir e extinguir o litígio, do que levar este até a última instância, com a possibilidade de restar a Fazenda Pública afinal vencida. Daí a possibilidade de transação. Em casos estabelecidos na lei, naturalmente, e realizada pela autoridade à qual a lei atribui especial competência para esse fim. (MACHADO, Hugo de Brito. *Transação e arbitragem no direito tributário*. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: Ed. Fórum, 2008, p.115).

<sup>152</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 327.

Nesse trilha, o Código Tributário Nacional exige que a lei estabeleça a autoridade competente, bem como as condições para a celebração da transação. Nesse ponto, temos que ato normativo do executivo não pode estabelecer condições, mas tão somente regulamentar aquelas previstas na legislação. A título de exemplo, temos que o art. 38 da Lei do Município de Vitória n. 3112/83<sup>153</sup> <sup>154</sup>, por não estabelecer as referidas condições, não teria sido recepcionado pela Constituição da República.

Vê-se, assim, que a transação, sempre que vantajosa deve ser realizada pela administração, desde que obedecida a legislação de regência, cabendo, portanto, aos entes públicos, detentores de competência tributária, implementá-la, para que se possa realizar o interesse público<sup>155</sup>, bem como efetivar os mecanismos necessários à adequada prestação jurisdicional previstos no Código de Processo Civil. Deste modo, a viabilização da transação pela administração, não consiste em uma faculdade outorgada aos procuradores, mas de verdadeiro dever de boa administração, ou seja, a Administração Pública deve buscar a melhor solução para satisfazer o interesse público.

Por esta razão, deve ser estimulada a transação como alternativa válida a tornar eficiente a gestão dos créditos, aprimorando-se, assim, a sistemática de

<sup>153</sup> Art. 38. É facultada a celebração, entre o Município e o sujeito passivo da obrigação tributária, de transação para a terminação do litígio e consequente extinção de créditos tributários, mediante concessão mútuas.

Paragrafo único - Competente para autorizar a transação é o PREFEITO MUNICIPAL, que poderá delegar essa competência ao Secretário Municipal de Fazenda. (fonte: <http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/Arquivos/1983/L3112.PDF>

<sup>154</sup> Diferente dessa hipótese são os casos de transação previstas nas leis estaduais do Espírito Santo n.s 8.098/05 e 9454/10, que estabelecem a autoridade competente bem como as condições para realização da transação. Disponível em: <http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/leis/2010/lei%209454.htm?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>

<http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/leis/2005/lei8098.htm?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>

<sup>155</sup> Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente na doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários— que são interesses da coletividade como um todo — e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os das coletividades. Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que precedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 22)



prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrado, possibilitando também a ampliação da recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência.

Nesse passo, visando implementar a efetividade, bem como conter o excesso de litigiosidade, o Código de Processo Civil de 2015 introduz a audiência preliminar de conciliação, que pode ser utilizada como meio adequado a se esclarecer a possibilidade de uma transação, acaso exista lei prevendo as hipóteses e limites de disposição autorizados. Na mesma audiência pode também ocorrer uma composição, quando a postura da administração conflitar com o ordenamento jurídico (neste conceito incluindo-se os precedentes vinculantes). O fato é que na audiência preliminar de conciliação tanto a transação como a composição podem se realizar. No entanto, não se confundem, podendo, inclusive estarem presentes conjuntamente em uma mesma conciliação.

Os programas extraordinários de parcelamento de débitos, também conhecidos como REFIS, embora não sejam novidade, adequam-se ao conceito de transação. Nesses casos, o Fisco acaba abrindo mão de parcela de receita relativa a multas e juros<sup>156</sup>, e o contribuinte renunciando eventuais discussões relativas a essas receitas, desistindo de ações ajuizadas e concordando com o pagamento. Nesses acordos temos concessões recíprocas que, em que pese muitas vezes envolvam um parcelamento, não necessariamente este (parcelamento) deverá

---

<sup>156</sup> A esse respeito, questiona-se se essa transação implicaria ou não na renúncia de receita. Para Hugo de Brito Machado (cf. in *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005, p. 521), “atento ao elemento literal, o intérprete há de considerar que o § 1º do art. 14 da aludida lei define a abrangência do conceito de renúncia fiscal, afirmando que esta “compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação da base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”. A transação é instituto jurídico previsto no próprio Código Tributário Nacional, tem características próprias, entre as quais a bilateralidade, de sorte que não pode ser considerada abrangida pela expressão outros benefícios. Não estando especificamente referida, como não está, nem cabendo na referência genérica a outros benefícios, até porque a rigor não é propriamente um benefício, tem-se de concluir que o elemento literal desautoriza a aplicação do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal às transações”. No entanto, diversamente do entendimento citado, concordamos com Nadja Araujo (*Transação Tributária: Possibilidade de Consenso na Obrigação Imposta*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 53), para quem “Estabelecido que o legislador seja detentor de uma prerrogativa de avaliação para estipulação de uma prognose, uma lei de renúncia à receita de crédito tributário deve considerar as diretrizes da gestão fiscal responsável apontadas no art. 14 da Lei Complementar n. 101, de modo a positivá-las na moldura que apresenta para a atividade administrativa subsequente. O quantum para a renúncia de receita é critério a ser considerado na ponderação entre as concessões intersubjetivas e materialização das finalidades públicas da tributação para resolver (des)autorizar o ajuste”.

estar presente, já que, por exemplo, o aderente pode confessar o débito pagando-o à vista, não se confundindo, assim, os institutos – parcelamento e transação/refis.

Destaque-se, também, que por trazer sempre uma renúncia às sanções (multa e juros), o instituto também assemelha-se<sup>157</sup> à anistia, que vem prevista no (artigo 180, CTN)<sup>158</sup>, sendo causa de exclusão do crédito tributário que se aplica especialmente às multas e, “exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede”.

Caso a lei que o estabelece preveja “descontos” relativos à própria obrigação principal, verificar-se-á características de outro instituto previsto no art.172 do CTN<sup>159</sup>, também conhecida como remissão, que consiste em causa de extinção da obrigação tributária concedida em razão da situação econômica do sujeito passivo, de erro ou ignorância escusáveis quanto a matéria de fato, diminuta importância do crédito tributário, considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso ou condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

No entanto, dado às peculiaridades e condições específicas contidas nesses programas extraordinários de parcelamento, especialmente em razão das concessões recíprocas que neles se apresentam, com a finalidade de por termo ao litígio, temos que constituem espécie de transação, sendo esse o entendimento que prevalece em nossos tribunais<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> A anistia só é cabível na hipótese do crédito tributário não estar ainda constituído.

<sup>158</sup> Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando: I - aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele; II - salvo disposição em contrário, às infrações resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas.

<sup>159</sup> Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: I - à situação econômica do sujeito passivo; II - ao erro ou ignorância excusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato; III - à diminuta importância do crédito tributário; IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso; V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante. Parágrafo único. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

<sup>160</sup> Nesse sentido: PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - SUSPENSÃO - ADESÃO AO REFIS. 1. O REFIS, espécie de transação, só autoriza a suspensão da execução quando homologado. 2. A inscrição do executado no programa é apenas uma proposta, sem efeito jurídico na ação de cobrança em curso no Judiciário. 3. Recurso especial provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 499.090 - SC 2003/0021615-2 RELATORA: MIN. ELIANA CALMON).

## 5.2 DISPOSIÇÃO NA COMPOSIÇÃO

Considerando os deveres das partes<sup>161</sup>, especialmente o de não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento, constatando-se que a pretensão do contribuinte é legítima, por ter guarida no ordenamento jurídico, o princípio da boa fé objetiva<sup>162</sup> e o da cooperação<sup>163</sup>, exigem do advogado público o seu reconhecimento, realizando a composição<sup>164</sup>, podendo a composição ser realizada na audiência preliminar de conciliação<sup>165</sup>, prevista no art. 334, do CPC.

---

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL POR ADESÃO AO PARCELAMENTO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO, SEGUNDO O ART. 38 DA LEI Nº 13.043/14. 1. A inclusão do débito do contribuinte no REFIS, quando está em curso uma ação em que se discute o seu montante, por exemplo, é claramente, uma transação com recíprocas vantagens para ambas as partes. [(STJ; REsp 1.553.005; Proc. 2013/0123153-4; PE; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 16/09/2016) AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ADESÃO AO PROGRAMA DE BENEFÍCIO FISCAL DENOMINADO REFIS. QUITAÇÃO À VISTA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM APROVEITAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. REQUERIMENTO FORMULADO PERANTE O JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. APRECIAÇÃO PELA FAZENDA NACIONAL. 1. Os programas de benefícios fiscais veiculados em diplomas legais com objetivo de ofertar ao devedor um regime especial para quitação de débitos tributários em geral são clássica hipótese de transação, em que, de um lado, a Fazenda Pública cede algo para ver satisfeitas suas pretensões, mediante oferta de reduções e abatimentos da dívida, enquanto, de outro, o devedor aceita os termos de pagamento apresentados e realiza uma confissão de dívida para obter a suspensão do débito até sua final quitação. [...]. (TRF 2ª R.; AI 0002844-03.2015.4.02.0000; Quarta Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Luiz Antônio Soares; DEJF 16/01/2017).

<sup>161</sup> Art. 77, CPC/15: “Art.77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. [...]”.

<sup>162</sup> Art. 5º, CPC/15: “Art.5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

<sup>163</sup> Art. 6º, CPC/15: “Art.6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>164</sup> Tal obrigação se impõe tanto na fase processual, quanto na pré-processual, evitando-se, assim a litigiosidade, bem como o ajuizamento de demandas desnecessárias, sendo que eventual resistência em fase pré-processual, poderia inclusive demonstrar a ausência de boa-fé da administração. Destaque-se que o Enunciado n. 71 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios estabelece que: Tendo havido prévio e comprovado requerimento administrativo, incumbe à Administração Pública o dever de comprovar em juízo que adotou as providências legais e regulamentares para a aferição do direito da parte.

<sup>165</sup> Enunciado n. 29 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.

Isso, pois, a motivação para a celebração de acordos pela advocacia pública pode se dar por duas razões. A primeira quando se verifica que a pretensão do contribuinte/administrado é legítima, já que o direito lhe socorre. A segunda quando se constata que os custos e os riscos não são vantajosos se comparados com os benefícios. A esse respeito, Claudio Madureira<sup>166</sup> esclarece que sendo o caso fundado na correta aplicação do direito, não poderia o Poder Público tomá-lo do administrado. Nessa hipótese o acordo se dá pelo fato de o administrado ter razão, não podendo os procuradores condicionar a sua implementação ao estabelecimento de concessões mútuas, preservando-se “o princípio da indisponibilidade do interesse público, que impõe à Administração pública e a seus agentes a observância da ordem jurídica estabelecida (direito)”.

Por esta razão, adotando a administração postura que conflite<sup>167</sup> com o direito (ordem jurídica estabelecida), tem o advogado público, como fiscal da legalidade, o dever de realizar a composição, que pode ocorrer em qualquer fase do processo, inclusive pré-processual.

Nesse trilha, ainda que não exista legislação própria do ente público a que ele se vincula mas sendo claro o direito do administrado, ou ainda, existindo o precedente vinculante, tal como preceitua o Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento deverá ser observado. Nessa hipótese específica, contudo, deverá o advogado público, solicitar a autorização ao seu superior para compor. Isso, pois, para que disponha do interesse debatido nos autos, deverá o causídico formalizar a dispensa dentro da instituição, até para que haja uma uniformização da interpretação, preservando-se a isonomia e impessoalidade. A formalização é importante, também, para que a administração normatize as hipóteses de dispensa, sendo essa, inclusive, uma das hipóteses de dispensa de reexame necessário<sup>168</sup>, prestigiando-se, assim, a economicidade e a eficiência.

---

<sup>166</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.328-329.

<sup>167</sup> Esse conflito ocorre por diversas razões, tais como o despreparo dos agentes estatais para a aplicação do direito, já que muitas vezes os atos são executados sem a consulta à advocacia pública, agravado, ainda, pelas constantes alterações legislativas, aliada a falta de estrutura entre outras razões.

<sup>168</sup> Art. 496, CPC/15: “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: [...] IV - entendimento coincidente com orientação

Destaque-se que a questão relativa à observância dos citados precedentes como fonte normativa a fundamentar não é nova, e no âmbito federal, foi regulamentada em 2002, por meio da Lei nº 10.522<sup>169</sup>. Registre-se, também, que em maio de 2016, a Portaria nº 502 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional<sup>170</sup>, adequando-se ao novo Código, traz a necessidade e hipóteses<sup>171</sup> de observância

---

vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

<sup>169</sup> Art. 19, Lei nº 10.522: “Art. 19.. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: [...] II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda. § 1º - Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente, reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, hipótese em que não haverá condenação em honorários, ou manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial. § 2º - A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório. § 3º - Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse. § 4º - A Secretaria da Receita Federal não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que trata o inciso II do caput deste artigo. § 5º - Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso”.

<sup>170</sup> Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/PORTARIA%20502-2016.pdf>> Acesso em: 17 jun.2016.

<sup>171</sup> Art. 2º, Portaria 502: “Art. 2º.Sem prejuízo do disposto no artigo precedente, fica dispensada a apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões, interposição de recursos, bem como recomendada a desistência dos já interpostos, nas seguintes hipóteses: I – tema elencado no art. 18 da Lei n 10.522, de 19 de julho de 2002, ou sobre o qual exista Ato Declaratório de Dispensa, elaborado na forma do inc. II, de 19 de julho de 2002 II – tema sobre o qual exista Súmula ou Parecer do Advogado-Geral da União-AGU, ou Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, aprovada ou não pelo Ministro de Estado da Fazenda, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular. III – tema sobre o qual exista Nota ou Parecer vigente e aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou por Procurador Geral Adjunto da Fazenda Nacional, elaborado nos termos, respectivamente, dos arts. 82 e 83 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, aprovado pela Portaria MF n. 36, de 2014, e este ato da PGFN conclua no mesmo sentido do pleito particular; IV – tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por Resolução do Senado Federal (art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988) ou por ato da Presidência da República (art. 1, p.3 do Decreto n. 2346, de 10 de outubro de 1997), ou tema que tenha sido definido pelo STF em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade; V – tema definido em sentido desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ ou pelo Tribunal Superior do Trabalho- TST, em sede de julgamento de casos repetitivos, inclusive o previsto no art. 896-C do Decr. Lei n. 5.542/1943; VI – tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante, de sumula do STF em matéria constitucional ou de súmula dos tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional; VII – tema sobre o qual exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional; VIII – quando esgotadas as vias recursais e, bem assim, quando o recurso não puder ser interposto por lhe faltar requisito de admissibilidade; IX – quando for possível antever, fundamentadamente, que o ato processual resultaria em prejuízo aos interesses da Fazenda Nacional; X – quando as peculiaridades do direito material ou processual discutidos no caso concreto indicarem a total inviabilidade do ato processual cabível; XI - quando se tratar de decisão interlocutória: a) que, embora se amolde a uma das hipóteses de cabimento de agravo (artigo 1015 do novo CPC), verse sobre questão não preclusiva, ou cujo interesse recursal se mostre prejudicado diante das circunstâncias

dos precedentes, o que demonstra que a sua força normativa já está incorporada ao nosso ordenamento, não havendo alternativa que não a de aplicá-los para que tenhamos a resolução dos litígios de forma mais eficiente e impessoal. Nesse passo, é obrigação da advocacia observá-los, reconhecendo o direito do administrado toda vez que a postura administrativa conflitar com o ordenamento jurídico.

### **5.2.1 Fundamento constitucional da disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública**

Fica evidenciado, nos termos do que fora exposto, que a releitura do princípio da legalidade, considerado em seu aspecto mais amplo, bem como o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular (do próprio Estado inclusive), são as vigas mestras que fundamentam a disposição de interesses deduzidos em juízo pelo Poder Público nas hipóteses citadas. Aliado a esses, vimos uma evolução no conceito de indisponibilidade do interesse público, que demonstra que a intransigibilidade desses interesses não é absoluta. Outro princípio fundamental, é o princípio da pacificação social.

Sobre o tema, esclarece Fernando Machado<sup>172</sup>, que “a denominada pacificação social tem tomado lugar de destaque nas reflexões jurídicas contemporâneas justificada pelas discussões do escopo da jurisdição, que no plano do dever-ser”, caracteriza-se como “instrumento de resolução dos litígios advindos da sociedade. Contudo, as mazelas do Poder Judiciário no plano do ser, transformaram a pretensa solução, na própria origem dos problemas”. Tal fato ocorre, “em decorrência da Justiça tardia (que sequer é considerada Justiça), dos altos custos que envolvem as demandas, ou ainda, da sensação de perpetuidade das relações jurídicas motivadas pela interminável escalada dos degraus da jurisdição”, e por isso imputa ao modelo atual de processo o fracasso no escopo da pacificação social.

---

fáticas; b) ainda que se amolde a uma das hipóteses de cabimento de agravo (Art. 1015 do novo CPC), versar sobre questão não preclusiva, ou cujo interesse recursal se mostre prejudicado diante das circunstâncias fáticas. [...]”

<sup>172</sup> MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 95/96.

Desta feita, o modelo de processo até então visto não realiza o princípio da pacificação social, que decorre da dignidade da pessoa humana. Tal afirmativa é reforçada quando analisamos o resultado do acordo de cooperação técnica entre o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que foi publicado, divulgando que “um processo de execução fiscal (cobrança financeira) na Justiça Federal leva em média 2.989 dias para ser julgado, isto é, oito anos, dois meses e nove dias. E se ocorressem todas as etapas da execução fiscal, o tempo ainda seria maior: 5671 dias, quase 16 (dezesseis) anos”<sup>173</sup>.

Não por outra razão, afirma Jônatas Luiz Moreira de Paula<sup>174</sup>, a finalidade do processo civil é implementar a pacificação social, já que busca a realização da justiça, sendo que essa busca “se desdobra em uma dimensão estruturante do processo ou numa dimensão funcionalista do processo”.

Feitas tais considerações, dando enfoque nos processos tributários, não é raro, a existência de vícios, formais ou materiais, que acabam por comprometer a sua validade. Problemas na formação do processo administrativo, notificação dos contribuintes e responsáveis, responsabilização de sócios, prescrição, são exemplos corriqueiros que podem ser dados por quem milita nesta área.

Tais posturas, na linha do que foi exposto, conflitam com o ordenamento jurídico já que processos administrativos de constituição do crédito que apresentam nulidades devem ser cancelados. O mesmo se diga acerca de débitos prescritos ou atos de imputação de responsabilidade aos sócios feitos em desacordo com os requisitos legais.

Nesse ponto é premente a necessidade de adoção de mecanismos que racionalizem essa cobrança, fazendo uma higienização do passivo, extinguindo os chamado “créditos podres”, fundamentando tal conduta nos princípios constitucionais mencionados, razão pela qual a inexistência de legislação que normatize as hipóteses de disposição de direitos e interesses pela advocacia pública, ou a insuficiência de regulamentação nas legislações específicas de cada

---

<sup>173</sup> [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7872:execucao-fiscal](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7872:execucao-fiscal)

<sup>174</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Democracia e jurisdição*. 1.ed.- Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014, p.68.

ente público não pode ser utilizada como argumento apto a inviabilizar a adoção de tais posturas.

### **5.2.2 Necessidade de adoção de mecanismos que permitam otimizar a resolução de conflitos em matéria tributária**

É certo que a existência de um processo de natureza tributária pode trazer uma série de problemas ao contribuinte, já que o ajuizamento pode acarretar uma série de restrições, tais como creditícias, possibilidade de contratação com a administração pública e outras limitações financeiras. Tais efeitos decorrem do ordenamento jurídico, sendo, portanto, legítimos. Contudo, há situações que, por uma série de motivos, esse processo tributário não deveria sequer existir, contribuindo apenas para o contingenciamento do judiciário e comprometimento no resgate dos créditos. Como exemplo, podemos citar ações cujos valores acabam sendo menores do que o custo de seu ajuizamento e manutenção, débitos prescritos ou que contenham vícios.

Nessas hipóteses é imperioso que a advocacia pública<sup>175</sup> atue fazendo o controle de juridicidade do ato. Com base nos estudos realizados pelo IPEA e CNJ<sup>176</sup>, diagnosticou-se que, nos processos tributários “o tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal na Justiça Federal é de 8 anos. Apenas para a citação do devedor são gastos aproximadamente 5 anos. Para a penhora de algum bem, mais 1 ano”. Assim, verificou-se que o “objetivo maior do processo de execução fiscal, que é a localização do patrimônio do devedor para a satisfação do crédito público, é alcançado, em média, 6 anos após o ajuizamento”, reforçando a

---

<sup>175</sup> “A Advocacia Pública também pode contribuir com a maior pacificação social e o empoderamento dos cidadãos. Para isso, é preciso dotá-la de estrutura adequada e condizente com a sua importância e autonomia transaccional necessária para a realização eficiente e válida da mediação e da conciliação, enquanto instrumentos de execução e correção de políticas públicas e de concretização de direitos fundamentais”.( CAMBI, Eduardo e VASCONCELOS, Joao Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In coleção repercussões do novo CPC. vol.3 – *Fazenda Pública* – coordenadores: José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antônio Rodrigues – 2 ed. rev. ampl e atual. –Salvador: Juspodivm, 2016, p.153)

<sup>176</sup> <http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=194612>



“realidade conhecida: processo de execução burocrático, moroso, antieconômico e não efetivo”.

Analisando a efetividade dos executivos fiscais, o mencionado estudo diagnosticou que “apenas 3/5 dos processos de execução vencem a etapa de citação. Destes, ocorre penhora em apenas 1/4 dos casos. Somente 1/6 das penhoras resulta em leilão”. Sendo que do “total de processos que chega a leilão, apenas em 0,2% o resultado satisfaz o crédito”, ocorrendo a extinção por adjudicação em apenas 0,3% dos casos.

Assim, não há dúvidas que o modelo atual necessita ser revisto e aprimorado. A mudança se impõe, seja por outros meios de cobrança, tais como protesto<sup>177</sup> de Certidões de Dívida Ativa, inscrição em órgãos de proteção ao crédito, etc. Mas antes de tudo, faz-se necessário uma higienização desse passivo, antecipando a extinção de processos que estão fadados ao insucesso e que só congestionam o trabalho a ser realizado. O modelo atual atenta contra o interesse público.

### 5.3 O IMPERATIVO DA FORMALIZAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA PELA TRANSAÇÃO E PELA COMPOSIÇÃO

Conforme foi exposto quando tratamos da legalidade administrativa, a atuação do Poder Público está diretamente vinculada à lei. Portanto, toda a vez que o Estado

---

<sup>177</sup> A Lei nº 9.492/97, ao regulamentar os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, estabelecia em seu art. 1º, ser o protesto “o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (grifos nosso). Discutia-se acerca da possibilidade ou não de se protestar as certidões de dívida ativa, já que o dispositivo legal estabelecia em sua parte final uma previsão genérica que autorizaria o protesto. Alguns julgados afastaram a possibilidade, afirmando que a CDA já gozava das presunções legais e publicidade, sendo dispensável o protesto. Nesse sentido: AgRg no Ag 1316190/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 25/05/2011 e AgRg no Ag 1172684/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 03/09/2010. Posteriormente a lei n. 12.767/2012 alterou a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, fazendo constar expressamente a possibilidade do protesto de CDA’S: “Art. 1º (...) Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.” Em que pese parecer-nos dispensável a alteração legislativa supra citada para a realização dos protestos de CDAs, já que estas se incluíam no conceito de “outros documentos de dívida”, fato é que após a referida alteração a sua realização ganhou mais segurança e força, aliada à necessidade da resolução de conflitos por meio de uma tutela adequada alheia ao judiciário, razão pela qual a sua adoção representa um efetivo mecanismo de recuperação dos créditos inscritos em dívida ativa.

atuar ele estará aplicando e concretizando o direito, razão pela qual deverá sempre respeitá-lo, atuando dentro dos limites por ele traçados, sob pena de afronta ao próprio interesse público.

Nesse passo, em razão da atuação do Estado estar sempre ligada à aplicação do direito, bem como ser competência da advocacia pública interpretar e orientar o Executivo no exercício da função administrativa ela sempre será instada a atuar na aplicação do ordenamento, podendo, assim, segundo Claudio Madureira<sup>178</sup>, desempenhar esse papel de forma preventiva ou curativa. Preventiva quando, previamente, orienta a Administração quanto a prática de atos necessários ao desempenho da atividade, no exercício da consultoria. Será curativa, quando verificar-se que o ato praticado pelo Poder Público conflita com a ordem jurídica estabelecida, devendo assim convalidá-lo, sanando o vício, ou então anulá-lo, quando não for possível a convalidação.

Portanto, “diante de suspeitas de ilegalidade, a Administração Pública há de exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos”<sup>179</sup>. Destarte, verificada a existência de equívocos na execução da função administrativa, é obrigação do Advogado Público velar pela observância dos princípios da legalidade (em seu sentido mais amplo, conforme visto) bem como eficiência, dentre outros.

Assim, é imperativo o reestabelecimento da legalidade, seja na fase preventiva, ou curativa, estando nessa última hipótese, o dever de formalização de apresentação de defesas e recursos destituídos de fundamentos, já que a “Administração pode e deve rever atos nulos e ilegais, com apoio na Súmula nº 473<sup>180</sup> do STF”<sup>181</sup>, devendo estes institutos serem utilizados como instrumentos de execução e correção de políticas públicas e de concretização de direitos fundamentais. O Mesmo se diga acerca da transação nos casos em que a legislação a admitir, sendo dever da Administração Pública disponibilizá-la ao administrado.

---

<sup>178</sup> MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.308-309.

<sup>179</sup> (ARE 899816 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgamento em 7.3.2017, DJe de 24.3.2017)

<sup>180</sup> SUMULA 473 STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>181</sup> (TRF 2ª R.; EI 0077078-04.2007.4.02.5151; Terceira Seção Especializada; Relª Desª Fed. Nizete Lobato Carmo; Julg. 16/03/2017; DEJF 26/04/2017)

#### 5.4 A TEORIA DOS PRECEDENTES E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A vigência novo Código de Processo Civil, introduziu de forma expressa o sistema de vinculação aos precedentes judiciais, ou seja, positivou-se a obrigatoriedade de observância das decisões judiciais que se amoldam à previsão contida no art. 927 <sup>182</sup>do *Codex*, estando, assim, expressa a sua força normativa. Essa opção do legislador tem por finalidade, garantir a coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais, bem como tutelar valores como a igualdade e segurança jurídica<sup>183</sup>, buscando a uniformização dos entendimentos adotados pelo judiciário. Busca, também, inibir o “demandismo judicial excessivo”, trazendo previsibilidade e segurança, minimizando aquilo que Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>184</sup> denomina de “judicialização do cotidiano” e seus efeitos nefastos:

O demandismo judicial excessivo (para o que muito contribui a chamada judicialização do cotidiano), dá azo a várias externalidades negativas: sobrecarrega a Justiça estatal, que não consegue recepcionar e gerenciar o tsunami de processos; engendra o risco de decisões desiguais ou até contraditórias; desprestigia a função judicial do Estado, compelida a ofertar resposta massiva e padronizada; frustra e desserve o jurisdicionado, na medida em que lhe nega o direito a uma resposta jurisdicional de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a fruição prática do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado.

Esse fato se deu ante a insuficiência do modelo anterior, que se apegava excessivamente à literalidade da lei, e não atendia os anseios sociais de resolução dos conflitos e efetivação dos direitos. Sobre o tema, explica Tereza Arruda Alvim Wambier que o acesso ao judiciário, bem como a complexidade das sociedades contemporâneas “já demonstraram com veemência que direito positivo, puro e simplesmente considerado, não é um instrumento que baste para

<sup>182</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>183</sup> “[...]A manutenção de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica, porque provoca nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Suprema Corte.[...]” (AI 739323 AgR-segundo, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 18/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 20-03-2014 PUBLIC 21-03-2014).

<sup>184</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes* [livro eletrônico]: natureza: eficácia: operacionalidade- 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Cap. I, item 3.

resolver os problemas que se colocam diante do juiz.”<sup>185</sup> Por esta razão, nos dias de hoje, o juiz vincula-se ao direito, e não à letra fria da lei, exclusivamente. “É a lei interpretada, à luz de princípios jurídicos; é a jurisprudência, a doutrina: estes são os elementos do sistema ou do ordenamento jurídico. Deles, deste conjunto, emergem as regras que o jurisdicionado tem que seguir”<sup>186</sup>.

Nesse passo, verifica-se que o sistema de precedente aparece como peça chave para a efetivação dos direitos assegurados pelo ordenamento, colaborando também para a celeridade na resolução dos conflitos que ao judiciário são apresentados, contribuindo, também, sobremaneira para o arrefecimento da litigiosidade, já que os indivíduos desde logo poderão prever<sup>187</sup> qual o posicionamento do judiciário sobre determinado assunto.

A sistemática dos precedentes também tem importante papel na qualidade da resposta a ser dada ao jurisdicionado, primando por segurança na aplicação do direito<sup>188</sup>.

Desta feita, a adoção pelo Código de Processo Civil desse sistema de precedentes produz uma série de reflexos sobre o próprio direito material discutido, possibilitando, especificamente nos conflitos de natureza tributária, uma otimização do litígio. Isso, pois, sendo eles vinculantes, encontram-se dentro do

<sup>185</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26.

<sup>186</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26-27

<sup>187</sup> "(...) há liminarmente uma inafastável necessidade do homem poder assentar-se sobre algo reconhecido como previsível, logo, algo estável ou relativamente estável, pois é isto - e só isto - o que lhe permite determinar-se em um ou outro sentido; de outra sorte, suas condutas não poderiam ser senão puramente aleatórias. A previsibilidade é o que condiciona a ação humana. É ela que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente - e não ao mero sabor do acaso, do fortuito, do azar ou da fortuna - comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Esta é a normalidade das coisas". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Segurança jurídica e mudança de jurisprudência*. Revista de Direito do Estado n. 6, abr./jun.2007, p. 329).

<sup>188</sup> Sobre o tema, esclarece Luiz Guilherme Marinoni: "Uma das consequências do desenvolvimento da teoria da interpretação é a indeterminabilidade, menor ou maior, dos resultados extraíveis dos textos legais. Decorre daí a conclusão de que, num sistema em que todos os juízes interpretam as leis e controlam a sua constitucionalidade, cabe às Cortes Supremas a função de definir o sentido da lei, assim como a sua validade. Depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado. Só assim deixará de estar presente a insegurança em relação à aplicação do direito, permitindo-se a prática consciente de uma conduta com ele de acordo e a prévia aceitação da responsabilidade inerente à sua não observância."(MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Capítulo IV, item 2. Ebook).

conceito de ordenamento jurídico e sua unidade, devendo o interprete aplicador zelar por sua coerência.

Por esta razão, ainda que o art. 927 dirija-se ao judiciário, temos que a administração pública não pode, ao interpretar o ordenamento, afastar o entendimento adotado pelo judiciário em caso idêntico. Acaso não concorde, poderá buscar a superação<sup>189</sup> do entendimento adotado, ou a distinção<sup>190</sup>.

Contudo, ignorar o precedente vinculante seria violar o próprio princípio da legalidade (considerando a ordem jurídica em sua maior amplitude) e do interesse público, que foram anteriormente analisados. Assim, acaso a postura do poder público conflite com o precedente vinculante, deverá a Advocacia Pública reconhecer o direito do contribuinte, dispondo do direito ou interesse, ao menos que demonstre tratar-se de caso de superação do precedente ou distinção.

---

<sup>189</sup> A superação, ou Overruling, pode ser comparado a revogação de uma lei por outra que lhe sobrevenha. Haverá em hipótese tal a superação total do precedente. Não se confunde com o overriding em que temos uma limitação do alcance do precedente anterior, ou seja, dá-se uma superação parcial que limita o âmbito de incidência de um entendimento até então consagrado. Defende-se que para que ocorra mudança de entendimento é necessário a existência de fundamentos relevantes capazes de produzirem uma justificativa bastante persuasiva. Segundo a doutrina: “O que diferencia o overruling e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não-ocorrência de suas consequências no caso concreto -, mas vai bem além disso, já que representa uma ‘ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente. O ‘overruling’ apresenta-se como o resultado de um discurso de justificação em que resulta informada a própria validade da regra antes visualizada como correta. Por isso, as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o distinguish (seja a interpretação restritiva ou a redução teleológica do precedente judicial)”. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 388. Nesse sentido, Humberto B. Ávila pondera: “Como os princípios do Estado de Direito e da Segurança Jurídica militam em favor da estabilidade das decisões judiciais, o afastamento dos precedentes depende da existência de razões suficientemente fortes. Nesses casos, o julgador até pode se afastar dos precedentes, mas o afastamento deverá ser um afastamento argumentado” (In: *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10)

<sup>190</sup> Por distinção ou distinguishing, entende-se o método de confronto a partir do qual promove-se a verificação se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo a outro, e isto, seja pelo fato de que a base-fática relevante é diversa ou não daquela encontrada no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação, certa particularidade jurídica afastará a aplicação do precedente anterior. Fala-se, ainda em: (i) o restrictive distinguishing, concebido na hipótese do magistrado perceber que há diferença entre o caso sob exame e o do precedente, e assim sendo, restringe a utilização deste, exatamente por que certas peculiaridades do caso concreto impedem aplicação do precedente; e o (ii) ampliative distinguishing, quando ocorre exatamente o contrário. Aqui, a despeito da existência de certas especialidades do caso concreto em relação ao precedente, o magistrado entende por bem estender à hipótese sub judice a solução naquele cristalizada. (cf in TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 143.)

Vale esclarecer, no entanto, que precedentes e jurisprudência<sup>191</sup>, embora não possuam a mesma significação, muitas vezes são tratados como sinônimos, sendo importante que se esclareça as suas diferenças. De tal modo, por jurisprudência, entende-se um conjunto de decisões reiteradas em um mesmo sentido, proferidas pelo mesmo tribunal. O precedente<sup>192</sup>, por sua vez, seria uma decisão (podendo ser única) que, formalmente esteja nas hipóteses do art. 927 do Código de Processo Civil, e que esta decisão seja fruto de uma interpretação operativa<sup>193</sup>, ou seja, reconstrói e adiciona um conteúdo normativo ao ordenamento jurídico, podendo dela extrair uma solução fático jurídico (*ratio decidendi*)<sup>194</sup> <sup>195</sup>capaz de ser aplicada a casos futuros.

A positivação pelo legislador do sistema de precedentes demonstra que o modelo adotado não equivale àquele visto nos países que se seguem o *common law* como tradição jurídica, e sim o desenvolvimento de um sistema de precedentes

<sup>191</sup> Segundo Zaneti o precedente não se confunde com a jurisprudência “pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão (ou decisões) do tribunal com respeito à matéria. De outra sorte, não se confundem com a jurisprudência porque obrigam o próprio tribunal que decidiu, sendo este responsável, tanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade”, esclarecendo ainda que “a característica da jurisprudência é atuar apenas de forma ‘persuasiva’.” (ZANETI, *O valor vinculante dos precedentes*. p. 306-307).

<sup>192</sup> “Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 cap. III, item 1.2. ebook).

<sup>193</sup> Acerca desse conceito, Hermes Zaneti Jr. esclarece que “a interpretação operativa dá-se em concreto e está relacionada à aplicação do direito aos fatos; portanto, está dentro da ótica da interpretação/aplicação. A interpretação doutrinária ocorre em abstrato e está relacionada às normas, sem que dela decorra a operação de subsunção (característica da interpretação operativa), sendo voltada para a definição teórica dos termos e seus significados. Em verdade, como bem observa L. Ferrajoli, o ordenamento jurídico será tanto mais efetivo, quanto mais confluírem a interpretação operativa e a interpretação doutrinária.”(ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed Salvador: Jus Podivm, 2016,p. 150).

<sup>194</sup> “*ratio decidendi*, que é a norma jurídica a ser aplicada nos casos sucessivos; é o fundamento jurídico da decisão, ao contrário da *obiter dictum*, que consiste nas demais afirmações que não possuem força vinculante e não serão tratadas como precedente. Este é talvez o aspecto mais relevante deste sistema, ou seja, que a decisão tomada no caso precedente seja universalizável e que seus efeitos possam irradiar para a decisão do caso sucessivo” (SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791)

<sup>195</sup> “Assim, diversamente do que se verifica na imposição de uma decisão judicial às partes envolvidas no conflito em que foi proferida que se tornam vinculadas ao que se expressou na sua parte dispositiva, quando se cogita da aplicação de precedentes o que vincula os julgadores são os fundamentos do julgamento que solucionou o caso paradigma (*ratio decidendi*)”. (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro*. p. 173).

próprio do nosso ordenamento, tendo no novo Código de Processo Civil, a sua viga mestra.

Parte da doutrina, no entanto, critica essa opção de adoção de um sistema de precedentes limitando sua formação somente às hipóteses previstas pelo legislador, já que esta deveria se dar como “algo natural que emanasse dos próprios tribunais, no momento em que identificassem quais seriam as decisões que pela força dos seus argumentos poderiam ter impacto e apresentar força vinculante em relação a solução de controvérsias futuras.”<sup>196</sup>

O fato é que a introdução desse sistema busca dar uniformidade ao ordenamento, para que este seja íntegro e coerente. Neste passo, estabelece o artigo 927 do CPC/2015<sup>197</sup> as situações em que o julgador deverá obrigatoriamente se submeter ao precedente.

Assim, pelo sistema previsto no Código, exige-se uma formalidade (competência/procedimento) na elaboração do precedente vinculante. Nessa linha, “a relevância formal significa que um julgamento que não respeita um precedente vinculante com relevância institucional, ou seja, com relevância constituída e regulada por normas jurídicas, não pode ser considerado juridicamente correto”.<sup>198</sup>

A doutrina vem discutindo acerca da impossibilidade de vinculatividade do art. 927 do CPC. Parte dela reputa que os três últimos incisos seriam inconstitucionais. Capitaneando tal entendimento, Nelson Nery Jr.<sup>199</sup> sustenta que os incisos III, IV e V

<sup>196</sup> ARAUJO, Juliana Furtado Costa. *O precedente no novo Código de Processo Civil e suas implicações tributárias*. O novo CPC e seu impacto no direito tributário. Coord.: Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo. 2.ed. Em ebook baseada na 2.ed. Impressa. Fiscosoft Editora Ltda. São Paulo.

<sup>197</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>198</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 341/342.

<sup>199</sup> Segundo o autor, a “[...] vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com características de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (eg. ADIn) e subjetivas (e.g. RE e REsp). Não são tribunais de teses. Fazer valer o CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição. [...] O objetivo almejado pelo 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário

do CPC/2015 usurpariam competência constitucional ao possibilitar ao Poder Judiciário, a edição de atos normativos gerais e abstratos, transformando jurisprudência em lei.

Com a devida *vênia*, parece-nos que a referida inconstitucionalidade não se apresenta. Isso, pois, conforme citado, o ordenamento interpreta-se de forma racional e sistematizada, tendo na Constituição seu ponto de partida. Assim, os princípios da igualdade, racionalidade, previsibilidade, segurança jurídica, efetividade e coerência não podem ser ignorados.

Não nos parece acertada a posição de que, ainda que exista um pronunciamento sobre caso idêntico feito pelas cortes superiores, possa o juízo de piso ou tribunal de segundo grau, distanciar-se dos fundamentos invocados. Do contrário, não há segurança na aplicação do direito, traduzindo-se em formalismo equivocado e contraproducente que atentaria contra a racionalidade do sistema.

Não podemos esquecer, também, que para ser mais coeso, este entendimento deveria considerar que os incisos I e II foram introjetados no ordenamento por obra do constituinte reformador, via emenda constitucional. Desta feita, se houvesse violação às cláusulas pétreas – tripartição dos poderes e princípio da legalidade – tais incisos também estariam contaminados pela mesma inconstitucionalidade sustentada por esta corrente.

Com muita clareza, Hermes Zaneti Jr.<sup>200</sup> é firme ao concluir:

Essas críticas devem ser bem analisadas, em essência, sendo algumas das vinculatividades aos precedentes resultantes dos incisos I e II estabelecidas por emenda constitucional. Fosse possível falar de ofensa à legalidade e à separação de poderes, cláusulas pétreas, portanto, impeditivas de reforma constitucional, também estas seriam inconstitucionais, como já defenderam vários autores à época da EC 45/04, em relação à criação das súmulas vinculantes, mesmo que equivocadamente.

---

legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se aqui pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A.. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1836/1837).

<sup>200</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.p 368.



A ofensa à tripartição de poderes também sucumbe quando analisamos a lei e o precedente. Distinguindo norma concreta e geral (precedente) daquela abstrata e geral (leis), Marinoni<sup>201</sup> explica que o juiz constrói a norma jurídica após considerar as leis e as normas constitucionais aplicadas ao caso concreto.

Assim, quando atua dessa forma, o Juiz cumpre a tarefa a ele designada pela Constituição, apenas aplicando o direito. De outro lado, a norma criada pelo juiz ao aplicar o direito exige fundamentação, sendo esse o elemento que dá legitimidade à decisão judicial. Tal fundamentação, como é sabido, não é exigida do legislador, podendo, ainda, ser o precedente superado pelo judiciário, o que corresponderia a uma revogação.

Por essa razão, admitir o “precedente como fonte de direito ou a força obrigatória do precedente não significa que o Judiciário tem poder para criar o direito”<sup>202</sup>.

Qualquer sorte de dúvidas que poderia permanecer sobre o tema é afastada quando se analisa o dever de uniformização de jurisprudência do direito federal pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo esse outro ponto destacado por Marinone, já que o art. 105, III, estabelece como competência do STJ rever decisões que contrariem tratado ou lei federal ou lhes negarem vigência, ou julgarem validos atos de governo local contestado em face de lei federal, bem como decisões que tenham dado interpretação a lei federal divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim, supor que os juízes e tribunais poderiam ignorar os precedentes do STJ conflita com esse dispositivo constitucional, já que a ele cabe uniformizar a interpretação da lei federal e, sendo o caso, cassar a interpretação que não siga as suas decisões, que se impõem aos tribunais inferiores<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> “Nas situações de declaração de inconstitucionalidade, de controle de inconstitucionalidade por omissão, e de tutela de um direito fundamental diante de outro no caso concreto, embora a situação seja mais delicada, também não há razão para falar em criação de direito pelo juiz.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 92).

<sup>202</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 cap. 1, item 5. ebook.

<sup>203</sup> Isso quer dizer que, hoje as decisões dos tribunais regionais e estaduais, que não considerem precedentes violam no mínimo o dever de fundamentação. Na verdade, pode-se ir além, uma vez que é tranquilamente possível, em termos lógicos e jurídicos, sustentar que as decisões do Superior tribunal de justiça devem ter efeito vinculante sobre os juízes e

Ultrapassada a análise dessa primeira corrente doutrinária, que reputa inconstitucional os incisos supra citados, temos uma segunda parcela da doutrina<sup>204</sup> que defende a não vinculatividade dos incisos IV e V do mesmo art. 927, sustentando que se há precedentes vinculantes, os demais não teriam essa característica.

Contudo, a redação do caput do art. 927 é muito clara ao estabelecer que os juízes e tribunais deverão observar aqueles precedentes. Ora, a lei não tem palavras inúteis. Se o legislador assim estabeleceu formalmente esta regra, não cabe à doutrina dizer que assim não será. Nessa linha “construções doutrinárias relativizadoras desta obrigatoriedade somente podem se dirigir à crítica do ponto de vista material, não formal, do que se consideram precedentes.” (Zaneti, 2016)<sup>205</sup>

Por fim, um terceiro entendimento aduz que somente as Cortes Supremas formam precedentes obrigatórios<sup>206</sup>. Contudo, a autorreferencialidade é uma característica do direito. Ele mesmo se regula. Formalmente, o art. 927 estabeleceu o que vem a ser o precedente vinculante. Desta feita, não estando o dispositivo dentro das hipóteses que a lei pode não ser aplicada<sup>207 208</sup>, tem ela de ser observada.

---

tribunais estaduais e federais. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3.ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96).

<sup>204</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015 – comentários aos arts. 489,§1º, 926 e 927 CPC/2015.

<sup>205</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2.ed Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 371.

<sup>206</sup> Nesse sentido: “Um tribunal de apelação não firma precedentes por uma razão muito simples. Não é função sua atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, mas resolver os litígios. Os tribunais atuam de modo a revisar a “justiça” das sentenças de primeiro grau sem qualquer restrição. Há, assim, dois juízos repetitivos sobre o litígio, devendo o tribunal estar atento aos fatos litigiosos e à prova. Isso não quer dizer, como é óbvio, que os juízes e os tribunais não tenham que dedicar tempo e esforço para dar interpretação aos textos legais. Os juízes e tribunais têm aí a importante missão de colaborar para o amadurecimento da interpretação das leis e da solução das questões de direito. Se os juízes e tribunais não podem negar o sentido atribuído ao direito pelas Cortes Supremas, cabe-lhes dar início à atividade interpretativa do Poder Judiciário, fornecendo os primeiros exemplos de interpretação e de solução das questões de direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 cap. IV, item 2.2. ebook

<sup>207</sup> Acerca do tema Lênio Luiz Streck explica que “[...] o primeiro passo – ou o principal – para preservar a autonomia do direito pode/deve ser dado a partir do teste das seis hipóteses pelas quais o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei (lato sensu) ou dispositivo legal. Não estando diante de nenhuma delas, estar-se-á diante do dever fundamental de aplicar a lei votada pelo parlamento (ou ato normativo emanado de outras esferas legítimas de poder), preservando-se, destarte, o elevado grau de autonomia do direito no paradigma do Estado Democrático. Assim, o Judiciário

Logo, “como o direito é artificialmente construído nos parece impossível limitar os precedentes apenas às Cortes Supremas, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, formalizado pelo art. 927 e incisos”<sup>209</sup>. Por esta razão, “serão precedentes mesmo as decisões que não forem de Cortes Supremas, desde que, por evidente, limitem-se à sua esfera de influencia formal, e, portanto, respeitem as decisões das instancias formalmente superiores”<sup>210</sup>.

---

somente pode deixar de aplicar uma lei: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeit-Gerkärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando- e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como não standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra- pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em caso de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretar um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão - mas exigirão mesmo- aplicação similar graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe no sentido da *applicatio hermenêutica* – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese. 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5 ed., revisada, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 604/605).

<sup>208</sup> Hermes Zaneti Jr., em nosso sentir de forma acertada, diverge quanto ao último caso apontado (quando uma regra contrariar um princípio, no caso em que, a regra cederá em face do princípio) já que esta seria uma premissa equivocada “[...] por duas razões decorrentes do modelo teórico aqui esposado: um, principio e regras tem igual dignidade normativa e, ambos, podem ser expressos em textos de lei, inclusive no mesmo dispositivo (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, cap.2, p. 50/84); dois, essa atividade interpretativa é já um juízo sobre a constitucionalidade da regra, inserindo-se na alínea a) (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 127).

<sup>209</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 372.

<sup>210</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 372.

Seguindo essa linha, Claudio Madureira<sup>211</sup> afasta qualquer sorte de inconstitucionalidade, tendo sido recepcionada pelo Direito pátrio, e longe de contrariar a Constituição, a vinculação do judiciário aos precedentes, acaba por cumprir uma exigência constitucional, que consiste na observância da igualdade e segurança jurídica, não havendo que se falar em ofensa a legalidade e tripartição dos poderes.

Portanto, vale ressaltar a importância dos intérpretes que aplicarão esse novo sistema, vez que atuarão como fiscais da obediência de sua vinculatividade, não havendo como ser negada a possibilidade de o precedente não ser observado pelo julgador, pois mesmo a lei (tradicional fonte primária e vinculante) nem sempre é aplicada da mesma forma por aqueles que decidem. Por isso, a atenção dos intérpretes à observância do sistema de precedentes ganha especial importância.

Vimos, portanto, que o CPC/2015 traz em seu núcleo de precedentes, regras direcionadas à vinculatividade formal em seu art. 927. Contudo, não é só. As regras formais devem ser analisadas em conjunto com as exigências materiais, que vêm previstas no art. 926, §§ e art. 489, § 1º, incs.V e VI.

Nesses dispositivos, verifica-se que não basta a forma para que tenhamos o precedente. As decisões necessitam de coerência, estabilidade e integridade. Deve-se, também, identificar os fundamentos determinantes, relacionando estes com o caso a ser decidido, e, não sendo o caso de se observar o precedente, o julgador deverá demonstrar a distinção ou se é o caso de superação, tendo, nestes últimos casos, um verdadeiro ônus argumentativo. Trata-se de importante instrumento que visa a racionalidade do sistema, que em seu conjunto, poderá alterar culturalmente as técnicas de decisão.

O Art. 926<sup>212</sup> do CPC supra traz a obrigação ao Poder Judiciário de buscar racionalidade com a unidade<sup>213</sup> do sistema (uniformizando a sua aplicação)

---

<sup>211</sup> MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro*: O processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2017. p. 158/159.

<sup>212</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §1º. Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. §2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

devendo, para tanto, sempre ater-se as razões de fato e direito que geraram seus precedentes<sup>214</sup>. Trata-se de regra que se aplica diretamente ao órgão prolator da decisão. Diz respeito à substância da decisão. O intérprete vincula-se aos fundamentos determinantes de casos precedentes, impedindo a contradição de julgamentos distintos de casos semelhantes, possibilitando a racionalização e universalização do direito. Nesse trilha, passaremos a analisar, os conceitos de estabilidade coerência e integridade.

Por estabilidade devemos entender a vinculação horizontal que emana das decisões, devendo, caso haja alteração do entendimento, trazer o ônus argumentativo suficiente para tanto. Lenio Streck<sup>215</sup> entende a estabilidade como um conceito autorreferente, guardando relação direta com os julgados anteriores Trata-se de um dever de manutenção.

Já a coerência estaria ligada a ideia de consistência/não contradição. Assim, *“haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes”*<sup>216 217</sup>.

A integridade, no conceito de DWORKIN, por sua vez, orientaria os julgadores a identificar os direitos e deveres que emanam do ordenamento “a partir dos

---

<sup>213</sup> A unidade do direito é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares. O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito. (MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes (livro eletrônico): justificativa do novo CPC. 2 ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Capítulo IV, item 2. ebook).

<sup>214</sup> Fala-se em vinculação horizontal, que se dirige ao tribunal que estabeleceu o precedente, consistindo na obrigação de uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Tal vinculação exige um “ônus argumentativo agravado” caso haja a modificação do precedente. Já a vinculação vertical atingiria os tribunais hierarquicamente vinculados (Zaneti, ob.cit., 2016, p.353-354).

<sup>215</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque agora dá para apostar no projeto do novo CPC. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>216</sup> Ibidem.

<sup>217</sup> “A coerência na cadeia de direito satisfaz o princípio da segurança do Direito ao mesmo tempo em que satisfaz o requisito da legitimidade do Direito. Portanto, a justificação para a decisão do juiz é a sua coerência com a história reconstruída do direito existente. Uma narrativa jurídica coerente demanda consistência entre os princípios e as decisões políticas passadas e também consistência entre as convicções morais do juiz e os princípios éticos gerais. A falta de coerência comprometeria a ideia de integridade, a qual qualifica a noção de direito de Dworkin ao que ele se refere com Law as integrity.” (CHUEIRI, Vera Karam de. Dworkin, Ronald, 1931-. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Editora Unisinos, Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 262)

pressupostos de que foram todos criados por único autor – a comunidade personificada - expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.<sup>218</sup>

Apreende-se, pois, que os Tribunais ao julgarem um novo caso devem respeito à história institucional da aplicação daquele instituto e, para facilitar sua fala, o autor faz uma metáfora: a do romance em cadeia<sup>219</sup>. As rupturas devem ser devidamente fundamentadas, consoante à integridade do direito, sob pena de ser criado um quadro de ‘anarquia interpretativa’, no qual cada juiz ou cada tribunal, julgaria a partir de uma espécie de ‘marco zero’, em franco desrespeito ao contraditório.

Parcela da doutrina defende a não adoção do conceito de integridade do direito de Dworkin que abrangeria o termo coerência, vez que “não há necessidade, e nem poderia ser diferente, de o conteúdo normativo desses textos corresponderem exatamente à determinada orientação filosófica”<sup>220</sup>.

Segundo Didier<sup>221</sup>, estamos diante de um enunciado normativo, e não doutrinário. Portanto, para ele, não se trataria mais de discussão filosófica acerca dos conceitos de coerência e integridade. A análise agora passa a ser dogmática. Seriam, assim, dois deveres distintos e não um como continente (integridade) do outro que seria seu conteúdo (coerência), ainda que os dois deveres, embora distintos, possam obrigar o julgador a uma só conduta.

<sup>218</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

<sup>219</sup> A tarefa do escritor ao construir um texto, um romance, é, na perspectiva de Dworkin análoga ao ato de julgar empreendido pelos juízes e tribunais, especialmente nos chamados casos difíceis. A *chain of law* é quase evidente quando os juízes decidem com base nos precedentes, ou seja, quando não há uma regra aplicável ao caso e a argumentação volta-se às decisões passadas, às quais subjazem as regras e os princípios jurídicos. [...] Cada juiz funcionará como um parceiro na cadeia, interpretando o que já fora escrito pois a cada um cabe fazer avançar essa história a qual remonta inumeráveis decisões, convenções, estruturas e práticas. Um juiz decidindo determinado caso acrescentará novas ideias à tradição (à história precedente) que ele interpreta. Futuros juízes confrontar-se-ão com uma nova tradição, na qual estará incluída a decisão que aquele juiz tomou. As decisões passadas tem o mesmo papel que os capítulos já escritos pelos romancistas. Ambos serão interpretados para que, no primeiro caso, se possa chegar a uma decisão e, no segundo, se possa continuar a escrever o romance. O juiz deve se ver como um parceiro nessa cadeia, na qual as decisões outrora tomadas, as convenções e demais práticas jurídicas constituem a chamada história narrativa. (CHUEIRI, Vera Karam de. Dworkin, Ronald, 1931-. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Editora Unisinos, Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 262).

<sup>220</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed., revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2015. 476

<sup>221</sup> *Ibidem*.

Outro posicionamento, mais moderado e acertado segundo pensamos, defende a convergência da teoria de Dworkin e McCormik, apontando a existência de um conceito amplo e outro restrito de coerência, afastando a forte relação contida no conceito de Dworkin. Haveria, assim, pares conceituais. Nesse trilho, no sentido amplo de coerência, teríamos a integridade prevista no art. 926. Já a coerência em sentido estrito estaria ligada a ideia de consistência. Dessa forma, distancia-se da noção de integridade, que conduz a teoria da única resposta correta (Dworkin), vez que esse caminho impossibilitaria a aplicação da proporcionalidade e a ponderação de interesses que norteiam o CPC/2015<sup>222</sup>.

Ultrapassados tais pontos, nota-se que o artigo 926 do CPC/2015, direciona-se ao julgador que produz o precedente. Não podemos deixar de mencionar que esta criação, especialmente para fins de legitimidade, não pode se dar de forma arbitrária. Há de se observar, sob pena de nulidade, a necessidade de efetiva motivação, que foi expressamente exigida no art. 489, § 1º do CPC/2015<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> A questão é saber, se o CPC adotou alguma particular teoria da justiça, ou se, ao contrário, pode ser compreendido como uma orientação dogmática para superar eventuais divergências teórico-filosóficas. Nesse sentido, é bom observar que há grande convergência na teoria jurídica e na filosofia jurídica atual sobre a importância dos deveres de consistência/coerência, em sentido amplo (integridade, art. 926, caput), é um tema central para a teoria do direito. Por isso, é melhor compreender integridade, do CPC/2015, em conjunto com o termo coerência em sentido amplo, desfazendo a conexão forte com a concepção de integridade em Dworkin. A convergência coerência/integridade limita-se a reconhecer o aspecto mais amplo dos conceitos de coerência e integridade, ligados aos princípios jurídicos e a possibilidade de se dar um sentido de conjunto às normas jurídicas (“hanging together” e “making sense”), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito.

Adotaremos, neste texto, como já se pode perceber a menção aos pares conceituais coerência em sentido estrito/consistência e coerência em sentido amplo/integridade. Não se trata de mera questão de nomes, mas desfazer a atração para o CPC/2015 de uma vertente da filosofia jurídica muito forte, que pretende, com a noção de integridade, a admissão da teoria da única resposta correta (Dworkin). Essa respeitável opção teórica é incompatível, por exemplo, com a ponderação e a proporcionalidade igualmente previstas no CPC (art. 489, § 2º, e art. 8). A interpretação do novo CPC deve preservar a unidade do texto, a unidade da Constituição e a tradição jurídica, dando um sentido às palavras que garanta a consistência interna à nova lei. Portanto, para corretamente compreender os deveres de coerência/consistência (em sentido estrito, dever de não contradição) e integridade/coerência (coerência normativa em sentido amplo), eles devem ser considerados como pares conceituais. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed Salvador: Jus Podivm 2016, p. 365-366).

<sup>223</sup> Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir

Tal regra é de extrema importância, pois permite ao administrado participar da tomada de decisão, verificando os fundamentos pelos quais sua pretensão foi ou não acolhida (principalmente nessa hipótese) e possibilitando o questionamento de como a decisão foi tomada. Trata-se de uma faceta do Estado Constitucional Democrático e do seu elemento participativo<sup>224</sup>.

Assim, analisada a vinculação horizontal, prevista no art. 926 do CPC, bem como a vertical, contida no art. 927, outro ponto merece ser abordado. Estaria a Administração Pública vinculada aos precedentes judiciais?

Sabe-se que a Administração Pública é a maior litigante no judiciário, sendo responsável por grande parte de seu congestionamento. O estudo “o uso da justiça e o litígio no Brasil” desenvolvido pela AMB - Associação dos Magistrados do Brasil em 2015, demonstra que, em “oito das onze Unidades da Federação pesquisadas, o Poder Público municipal, estadual e federal concentra a maior parte das ações iniciadas no Primeiro Grau (parte do polo ativo)”<sup>225</sup>.

O elevado número de ações, por vezes, discute matérias que já foram pacificadas pelo Judiciário, já que discutidas em todas as suas instancias, com jurisprudências dominantes em sentido contrário à pretensão do Poder Público, sendo comum, nesses casos, a inexistência de edição de súmulas ou julgamento pelo rito dos recursos repetitivos.

Não é raro, no entanto, que a Administração continue a sustentar sua tese vencida até o esgotamento das possibilidades recursais. Tal fato, é comum em ações de natureza tributárias.

---

enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>224</sup>“O Estado Democrático de Direito, também chamado agora de Estado Constitucional Democrático, sobressai da evolução histórica do Estado Social que agregou o elemento participativo. Portanto, advém da ultrapassagem do Estado Social e do reconhecimento, não somente pela doutrina, mas também pela própria norma, da internalização do valor ‘participação’ na formação das decisões estatais” (ZANETI JR., Hermes. Democracia e Judiciário na (RE) Politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (Parte I). In: *Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais*. José Miguel Garcia Medina e outros (Coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 201).

<sup>225</sup> Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>. p.12



Neste ponto, temos que o sistema de precedentes adotado pelo novo Código de Processo Civil deve ser utilizado como importante aliado no descongestionamento do Judiciário<sup>226</sup>.

Nesse trilho, se o judiciário, que é o poder determinado pela CF a dizer o direito e a interpretação adequada ao bloco de constitucionalidade, ao interpretar de forma vinculante o ordenamento, disser como a interpretação deve ser feita, não faria sentido que o argumento da tripartição de poderes e demais argumentos pela inconstitucionalidade fossem suficientes a prevalecer sobre o plexo de princípios explícitos e implícitos que regem a administração pública.

Acerca do tema, Weber Luiz de Oliveira<sup>227</sup>, esclarece que, existindo um precedente vinculante, não poderia a administração pública negar aplicação ao quanto decidido pelos tribunais, sob pena de ofensa do princípio da igualdade, já que não se pode consentir com a existência de dois entendimentos diversos sobre mesma norma jurídica. Entretanto, para ele, existem quatro premissas para a aplicação de precedentes vinculantes pela administração pública:

- i) O interesse da administração;
- ii) Lei complementar como norma a autorizar a aplicação de precedentes nas atividades administrativas;
- iii) Precedentes vinculantes delimitados no art. 927 do CPC;
- iv) Publicidade da adoção pela administração pública do precedente vinculante.

A primeira delas, relativa ao interesse da administração, sustenta-se no fato de que a administração também interpreta o ordenamento, tendo direito ao acesso a justiça e de insurgir-se contra determinado precedente, ainda que vinculante. Assim, segundo o autor, sendo a administração vinculada a lei, “há de existir o seu interesse na aplicação de precedente vinculante, justamente em deferência à

---

<sup>226</sup> Corroborando com esse entendimento de que a Administração pública deve utilizar dos precedentes vinculantes como fonte normativa com o fim de terminar esses litígios, o enunciado n. 69 da I jornada de “prevenção e solução extrajudicial de litígios”, estabelece que “a Administração Pública, sobretudo na área tributária e previdenciária, deve adotar, ex officio, a interpretação pacificada de normas legais e constitucionais, respectivamente, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, independentemente de julgamento em caso de recursos repetitivos ou repercussão geral ou de edição de súmula vinculante”.

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: Limites e possibilidades de aplicação*. Salvador. Editora Juspodivm. 2017. p. 174/175 e 188.

legalidade e busca de cumprimento dos princípios constitucionais administrativos que também, e, primeiramente, lhe vinculam[...]”<sup>228</sup>

A segunda premissa, no sentido de necessidade de instrumento legal autorizando a aplicação de precedentes escora-se, segundo o autor, na legalidade administrativa, segundo a qual a administração só pode atuar quando a lei assim estabelecer e que a indisponibilidade dos bens públicos só pode ser excepcionada quando expressa em lei. Aliado a tal fato, o princípio da separação de poderes também seria impeditivo. Assim conclui o autor que, para se aplicar os precedentes, é necessário a existência de lei, devendo, ainda, essa lei ser lei complementar<sup>229</sup>.

A terceira premissa fixada pelo autor citado relaciona-se a natureza do precedente, devendo ser considerado vinculante aqueles elencados no art. 927, tendo nesse dispositivo, escolhido o legislador “precedentes que refletem ou ao menos intentam refletir, a interpretação uniforme e sedimentada do direito [...]”<sup>230</sup>, sendo as hipóteses previstas no dispositivo legal as escolhas feitas pelo legislador que devem ser tomadas como “ponto seguro”<sup>231</sup>.

Por fim, a quarta e ultima premissa, refere-se a necessidade de publicidade do novo entendimento administrativo, devendo eventual alteração de interpretação ser conhecida por todos, protegendo assim o princípio da confiança, boa fé e segurança jurídica.

No entanto, a exigência de lei para a vinculação da administração pública aos precedentes, confere importância em demasia ao aspecto formal em detrimento a

<sup>228</sup> OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: Limites e possibilidades de aplicação*. Salvador. Editora Juspodivm. 2017. p. 190.

<sup>229</sup> “parece mesmo poder, por lei complementar autorizar-se a administração pública a aplicar precedentes judiciais. Isso porque a Constituição Federal já autoriza quando diz expressamente sobre o princípio da legalidade, que referida legalidade, dentro da esfera competencial de cada ente federativo, deve ser exercida com os demais princípios constitucionais expressos e implícitos objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de redução de desigualdades sociais e regionais e de promoção do bem de todos. Essa construção perpassa por uma integridade do entendimento do Direito no território brasileiro. Assim, havendo a legalidade, no caso a lei complementar, não se estaria ofendendo a Constituição Federal porque é dela mesma que se extrai a competência e legitimação para que lei possa possibilitar a adoção dos precedentes judiciais pela administração pública. cf. in OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: Limites e possibilidades de aplicação*. Salvador. Editora Juspodivm. 2017, p. 196.

<sup>230</sup> OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: Limites e possibilidades de aplicação*. Salvador. Editora Juspodivm. 2017, p.202.

<sup>231</sup> OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: Limites e possibilidades de aplicação*. Salvador. Editora Juspodivm. 2017, p.202.

amplitude do conceito até então desenvolvido de legalidade administrativa, a despeito da vinculação da administração aos precedentes não estar expressamente prevista na CF e tampouco no CPC, que menciona apenas a vinculação do poder Judiciário ao referido sistema. Assim, restringir a vinculação da Administração aos precedentes por intermédio de lei, é retroceder a um método subsuntivo que há muito foi superado, esvaziando o próprio conceito de legalidade, além de misturar planos distintos, quais sejam, aquele da norma concreta e geral (precedente), com o relativo a norma abstrata e geral (leis).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho busca o exame da autocomposição nos processos tributários, sobretudo, após a vigência do Novo Código de Processo Civil, que promoveu uma mudança principiológica, especialmente acerca da cultura do litígio.

Nesse sentido, no primeiro capítulo vimos que o conceito de legalidade foi robustecido pela nova axiologia constitucional, não se restringindo à letra da lei. Nessa toada, viu-se, ainda, que resta mitigada a ortodoxa classificação das fontes do direito em mediatas e imediatas, passando, a doutrina contemporânea, a considerar os precedentes também como fontes.

Nesse cenário, ganha destaque o papel do intérprete, alcançando o protagonismo na concreção do Direito, motivo pelo qual no segundo capítulo deste estudo, ao analisarmos como as decisões jurídicas são adotadas na esfera Administrativa, bem como o caráter flexível do Direito na atualidade, oportunidade em que analisamos a mudança paradigmática do papel da jurisprudência e a necessidade premente de sua uniformização, como forma de propiciar aos cidadãos a segurança jurídica e a igualdade e, simultaneamente, garantir a coerência e a logicidade do ordenamento jurídico.

Com efeito, o papel da Advocacia Pública passa a ser determinante como forma de garantir a uniformização tanto no exercício da sua atividade consultiva, quanto contenciosa, especialmente, dada sua relevante função de promover o controle interno da juridicidade do agir administrativo.

No terceiro capítulo, na mesma linha de raciocínio, examinamos os mecanismos disponíveis ao intérprete na promoção de eventuais atos de disposição, considerando, como fundamento para tanto, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular (inclusive do próprio Estado), tendo em vista a legalidade em sua acepção semântica mais ampla.

Tendo como norte o dever de observância do ordenamento jurídico pela Administração Pública, institutos como a transação e a composição, ganham contornos de obrigatoriedade. Assim, havendo legislação específica que autorize a transação, a disponibilização da mesma para o administrado é obrigação que se

impõe. De outra parte, toda vez que a postura do Estado conflitar com o ordenamento, a composição resta imperiosa.

Dando sequência, no quarto capítulo, a disposição de Direitos e Interesses é analisada sob o viés teórico, oportunidade em que se reconhece a necessidade de adoção dos mecanismos que permitam a antecipação da resolução de conflitos virtualmente perdidos em matéria tributária, tais como dispensa de apresentação de defesa, recursos e a promoção da composição.

Por fim, a adoção do sistema de precedentes vinculantes pelo Novo Código de Processo Civil, ao promover a uniformização de entendimentos, acaba por conferir coerência, integridade e previsibilidade ao ordenamento jurídico, alcançando, inclusive, status de fonte normativa. Nesse viés, corrobora a adoção de atos de disposição pela Administração no que tange à composição, uma vez que no caso da transação, o próprio Código Tributário Nacional estabelece como requisito a existência de lei específica.

## 7 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 53-58.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. *Para que serve o advogado público*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10118/para-que-serve-o-advogado-publico>. Acesso em: 23 jun.2016.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil-Introdução*. 5.ed. São Paulo: Renovar, 2003.

AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um Direito como ordem pratica. in *O Direito e o tempo: os embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores) –Rio de Janeiro: Renovar. p.129-142.*

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Sarmento Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse publico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAUJO, Juliana Furtado Costa. *O precedente no novo Código de Processo Civil e suas implicações tributárias*. O novo CPC e seu impacto no direito tributário. Coord.: Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo. 2.ed. Em ebook baseada na 2.ed. Impressa. Fiscosoft Editora Ltda. São Paulo.

ARAÚJO, Nadja. *Transação Tributária: Possibilidade de Consenso na Obrigação Imposta*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004.

BEZNOS, Clovis. *Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos*. Revista de Direito Público, São Paulo, ano 23, n. 93, jan./mar.1990.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone 1995.

BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. *Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo Código de Processo Civil Brasileiro*. REVISTA PGFN – edição especial, Novo Código de Processo Civil. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinela. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo e VASCONCELOS, Joao Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In coleção repercussões do novo CPC. vol.3 – *Fazenda Pública* – coordenadores: José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antônio Rodrigues – 2 ed. rev. ampl e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129-153.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de. Dworkin, Ronald, 1931-. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Editora Unisinos, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A função social do advogado*. In: Revista dos Tribunais. V. 582, abril de 1984.

*Conselho Federal traça diretriz em defesa da advocacia pública*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>. Acesso em: 25 jun. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2014.

DONIZETTI, E; CERQUEIRA, M.M. *Curso de Processo Coletivo*: contém jurisprudência temática e índice alfabético por assunto. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DUARTE, Francisco Leite. *Direito Tributário-Teoria e Prática*. 2 ed. ebook baseada na 2 ed. impressa. Revista dos Tribunais. São Paulo. Cap. 09. Crédito Tributário.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *O direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes. *Transação como forma de extinção do crédito tributário: eficiência e celeridade*. In: Revista do Mestrado em Direito, Brasília, V. 7, nº1, p. 195-220, Jan-Jun, 2013.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEM FILHO, Marçal *Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n 26, 1999.

LAMY FILHO, Alfredo. *As transformações sociais e o ensino do Direito: a experiência do CEPED*. In *O Direito e o Tempo: os embates jurídicos e utopias contemporâneas* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores).Rio de Janeiro: Renovar. p. 3-9.

MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Transação e arbitragem no direito tributário*. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: Ed. Fórum, 2008, p.115

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005.

MADEIRA, Danilo Cruz. *O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito*. Revista Virtual da AGU, ano 10, n. 107, dez. 2010.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: O processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2017.



MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes* [livro eletrônico]: natureza: eficácia: operacionalidade- 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Ebook.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3.ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Ebook.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 54, 2011,p.201.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Segurança jurídica e mudança de jurisprudência*. Revista de Direito do Estado n. 6, abr./jun.2007.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOURÃO, Carlos Figueiredo A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 129-137.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A.. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Democracia e jurisdição*. 1.ed.- Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROCHA, Silvio. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. *O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro*. Disponível em:

[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/16\\_Dout\\_Nacional\\_7.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf). Acesso em: 26 jun.2016.

SANTOS FILHO, José Carvalho dos. *Manual de Direito Administrativo*. 22.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: São Paulo: Ed. Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. In *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas a luz da legalidade constitucional*: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro/Gustavo Tepedino organizador. São Paulo: Atlas, 2008. p. 296-310.

SAVIANI, Demerval. *Escola e Democracia*. 33. ed. Campinas: Autores Associados, 2000.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da Supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado. In: BARCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse Público: estudos em homenagem ao Professor Cesio Antonio Bandeira de Melo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87-127.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5 ed., revisada, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Porque agora dá para apostar no projeto do novo CPC*. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>.

TORRES, Heleno Taveira. *Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários*. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: São Paulo: Ed. Fórum, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.

VENTURINI, Elton. *A transação de direitos indisponíveis*. REPRO. v. 251 (Janeiro 2016).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015 – comentários aos arts. 489,§1º, 926 e 927 CPC/2015.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *Democracia e Judiciário na (RE) Politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (Parte I)*. In: Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina e outros (Coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

## **GLOSSÁRIO**

**CC** – Código Civil

**CF** – Constituição Federal

**CPC** – Código de Processo Civil

**CPP** – Código de Processo Penal

**CTN** – Código Tributário Nacional

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça